UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

# LA
# FAUTE PROFESSIONNELLE
## DANS LA MAGISTRATURE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

*Soutenue devant la Faculté de droit de l'Université de Dijon le vendredi 24 Avril 1914, à 2 heures 1/2 du soir*

PAR

**HENRI BUJARD**

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT
AVOCAT A LA COUR D'APPEL

*Président :* M. DELPECH, *professeur.*
*Suffragants* { M. F. DESSERTEAUX, *doyen.*
M. HUGUENEY, *professeur.*

DIJON
IMPRIMERIE BOURGUIGNONNE. — J. BERNIGAUD

1914

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535717_0013

# LA
# FAUTE PROFESSIONNELLE
## DANS LA MAGISTRATURE

UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

# LA
# FAUTE PROFESSIONNELLE
## DANS LA MAGISTRATURE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

*Soutenue devant la Faculté de droit de l'Université de Dijon le vendredi 24 Avril 1914, à 2 heures 1/2 du soir*

PAR

**HENRI BUJARD**

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT
AVOCAT A LA COUR D'APPEL

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

*Président :* M. DELPECH, *professeur.*
*Suffragants* { M. F. DESSERTEAUX, *doyen.*
M. HUGUENEY, *professeur.*

DIJON
IMPRIMERIE BOURGUIGNONNE. — J. BERNIGAUD
—
1914

*A LA MÉMOIRE VÉNÉRÉE DE MON PÈRE*

*QUI FUT PROCUREUR GÉNÉRAL*

# AVANT-PROPOS

David Hume se prit un jour à écrire : « Notre flotte, notre armée, notre budget, le Parlement, tout cela n'est que pour assurer une fin unique, la liberté des douze grands juges d'Angleterre. »

Le mot étonne. Il semble fait seulement pour les mœurs anglo-saxonnes : celles-ci tiennent la force et l'indépendance du judiciaire, ensemble avec la permanence de la fonction, pour « un élément essentiel de son organisation et, dans une large mesure, comme la citadelle de la justice et de la tranquilité publiques (1). » On le croirait tout à fait opposé à l'opinion française. Il y a quelques années, M. Edmond Rousse, dans son livre *Avocats et Magistrats*, portait sur ceux-ci un

(1) Hamilton, *Le Fédéraliste*, n° lxxviii, tr. fr. de la Biblioth. intern. de droit public; A. de Tocqueville, *La démocratie en Amérique*, t. I, p. 236.

singulier témoignage : « Le public, disait-il, ne les aime pas; le pouvoir ne les craint plus; et tous ensemble ils ne font pas la monnaie d'un député, d'un sénateur ou d'un journaliste de quelque importance. » Et il ajoutait, pour fournir une explication de cette mentalité : « Au fond, ces confréries... comme toutes les autres, rompent l'unité nationale; elles dérangent la symétrie des pouvoirs, l'alignement des esprits et le parfait nivèlement des consciences. » Une conception s'est, en effet, répandue : elle envisage les fonctions publiques comme des privilèges, elle ne souffre rien de perpétuel dans le système politique, elle voit un mal dans toute hiérarchie; vulgaire et fausse elle est d'une très mauvaise démocratie (1).

La vérité était au fond de la formule de Hume : les magistrats appartiennent à l'ordre social, et ils devraient en relever beaucoup plus que de l'ordre politique. L'institution judiciaire n'a de base et de crédit que si la magistrature est constituée d'après les intérêts communs et pour les besoins permanents des citoyens, non à l'usage des majorités politiques, au gré des partis intolérants et sous la poussée des opinions extrêmes. C'est la seule thèse éternellement vraie, encore qu'elle ait été

(1) Cf. Delpech, Chronique constitutionnelle de France : Le projet Vallé sur la magistrature, dans la *Rev. du dr. public*, t. XXI, ann. 1904, p. 835 et sv.

sans cesse contrariée. Royer Collard, au temps de la Restauration, lui prêtait le secours admirable et jamais dépassé de son éloquence doctrinaire (1) : « Puisqu'on peut dire avec vérité, s'écriait-il, que la société existe ou qu'elle n'existe pas selon que la justice est bien ou mal administrée, il n'y a pour elle aucun intérêt aussi grand que l'équité et l'impartialité des jugements, et, par cette raison, il n'y a pas de ministère aussi important que celui du juge. — Lorsque le pouvoir chargé d'instituer le juge au nom de la société appelle un citoyen à cette éminente fonction, il lui dit : Organe de la loi, soyez impassible comme elle. Toutes les passions frémiront autour de vous; qu'elles ne troublent jamais votre âme. Si mes propres erreurs, si les influences qui m'assiègent, et dont il m'est si malaisé de me garantir entièrement, m'arrachent des commandements injustes, désobéissez à ces commandements; résistez à mes séductions; résistez à mes menaces. Quand vous monterez au tribunal, qu'au fond de votre cœur il ne reste ni une crainte ni une espérance; soyez impassible comme la loi. — Le citoyen répond : Je ne suis qu'un homme et ce que vous me demandez est au-dessus de l'humanité. Vous êtes trop fort et je suis trop faible; je succomberai dans cette lutte inégale.

(1) De Barante, *La vie politique de Royer-Collard*, 1878, p. 171; — E. Spuller, *Royer-Collard*, 1895, p. 153.

Vous méconnaîtrez les motifs de la résistance que vous me prescrivez aujourd'hui et vous la punirez. Je ne puis m'élever toujours au-dessus de moi-même que si vous me protégez à la fois contre moi et contre vous... Affranchissez-moi de la crainte et de l'espérance; promettez que je ne descendrai point du tribunal, à moins que je ne sois convaincu d'avoir trahi les devoirs que vous m'imposez. »

Tout le discours était pour promouvoir et fonder le principe de l'inamovibilité; les épurations pratiquées par la Restauration, certaines tentatives de la Chambre introuvable, et tel ou tel dessein redouté des ultras lui avaient fourni prétexte; en réalité, il porte beaucoup plus loin : tout le régime institutionnel et disciplinaire de la fonction y trouve ses principes. L'inamovibilité est une garantie apparemment nécessaire, à coup sûr la meilleure, pour les magistrats; en fait, des calculs déguisés et de politiques raisons l'ont mise en échec sous tous les régimes depuis un siècle (1); en droit même, elle a si peu un caractère de géné-

(1) V. sur son histoire, Georges Picot, La réforme judiciaire : I. Les crises anciennes, La magistrature française de 1789 à 1871, dans la *Revue des Deux Mondes*, nº 1er déc. 1880, et III, L'esprit de réforme et l'esprit de révolutionnaire, *ibid*, nº 15 janv. 1881; — et sur la philosophie de cette histoire, Malepeyre, *La magistrature en France et projets de réforme*, 1900, p. 100.

ralité qu'un auteur a pu écrire à son sujet : « Il n'y a pas de loi, il n'y a que des dispositions législatives isolées (1). » Au total, ce qu'il y a de mieux en elle, c'est son but constitutionnel et son effet hiérarchique. Elle n'est pas un dogme intangible ni exclusif (2); elle garantit la liberté des magistrats dans l'exercice même de la fonction et leur indépendance matérielle; elle ne suffit pas et ne saurait, d'ailleurs, suffire à cette fin. Celle-ci

(1) Hauriou, note sous Cons. d'Et. 23 juin 1893, *Bariat*, S. 1895. 3. 33. — Cet arrêt a refusé le bénéfice de l'inamovibilité aux *magistrats algériens*, par ce motif « qu'ils ont conservé la situation particulière résultant pour eux des dispositions règlementaires de 1842 et de 1848 », à savoir de l'arrêté ministériel du 22 nov. 1842, et de l'arrêté du chef du pouvoir exécutif en date du 20 août 1848. — V. en sens contraire, Girault, *Principes de colonisation et de législation coloniales*, t. III, p. 197.

Il y a lieu de rapprocher de ce cas celui, plus connu encore, du ministère public : il serait curieux, d'ailleurs, de retrouver dans cette amovibilité comme dans la dépendance trop apparente du parquet vis-à-vis de l'exécutif, une survivance et une exagération du régime qui fut celui du décret du 16 août 1790, sous lequel le ministère public était à la nomination du chef de l'Etat et avait nature « d'agent du pouvoir exécutif ». V. Cass. 22 déc. 1827, *Cadot-Beuret*, avec le rapport de M. Mangin et le réquisitoire de M. Laplagne-Parris, S. 1829. 1. 460; Le Berquier, *La magistrature et le jury en France*, dans la *Revue des Deux Mondes*, n° 15 févr. 1862, p. 823.

(2) Cp. Discours de M. Allou, au Sénat, 20 juil. 1883, *J. off.* p. 958, et, d'une manière concrète, sur l'indépendance réputée du Conseil d'Etat, malgré son amovibilité, les témoignages concordants et les explications séduisantes de MM. R. Dareste, *La justice administrative*, 2e éd., p. 669, et Aucoc, *Conférences de dr. admin.*, 3e éd., 1885, t. I, n° 277, p. 460.

demande à être servie aussi par tout le système de la discipline, selon les données traduites par Royer-Collard.

Les discussions ont été renouvelées, presque à satiété, pour aboutir à une différenciation des organes exécutif et judiciaire. Les formules les plus étudiées restent imparfaites, au point de vue examiné ici ; et leurs auteurs mêmes en feraient l'aveu sans peine. « La fonction judiciaire, — dit l'un (1), — est loin de représenter la même puissance que l'exécutive : l'une, la judiciaire, conditionnée par le besoin social de l'efficacité du droit dans la gestion des services publics et les rapports des citoyens entre eux, est l'exercice, dans des circonstances particulières et, à certains égards exceptionnelles, d'une compétence subordonnée aux fins de faire constater et régler suivant l'ordre juridique une situation subjective déterminée ; l'autre, l'exécutive, subordonnée aussi en ce sens que les lois lui servent à la fois de règle et de limite, a pour fin normale, et plus large, d'ajouter à ces lois, par une intervention spontanée et continue, les actes d'exécution nécessaires aux besoins des divers services publics. . L'irréductibilité des

(1) DELPECH, *op. et loc. cit.*, p. 824. — V. surtout ARTUR, *Séparation des pouvoirs et des fonctions*, dans la même *Revue*, t. XIII, ann. 1900, p. 223-246, 470-496.

deux fonctions paraît ainsi certaine en logique... Il n'y a point identité entre l'un et l'autre pouvoir ». Il se peut, si l'on considère uniquement l'aspect doctrinal et technique des choses. Il est vrai, en droit pur, que le juge, aussitôt institué, est placé dans un état d'indépendance absolue vis-à-vis du gouvernement dont il a reçu sa nomination. C'est, par contre, un fait étrange et vérifié, que le gouvernement tient souvent le juge à sa discrétion. L'avancement est parfois un moyen perfide et un masque pour les singulières combinaisons de l'exécutif (1) ; M. Artur a dit de lui : « moyen bien plus commode que la révocation, ...on s'y laisse prendre d'une façon insensible, on ne s'aperçoit pas qu'on y cède, et le public n'y voit rien (2) ». Le jugement n'a rien de forcé ; il fait, en tous cas, apparaître cette idée, éternellement exacte et fréquemment contredite, qu'à s'occuper de la magistrature, les législateurs doivent travailler à accroître son autorité et à consolider son indépendance.

(1) V. Chardon, *Les fonctionnaires : le ministère de la justice*, 1908, p. 325; Flandin, Discours au Sénat, 7 févr. 1911, *J. off.*, Déb. parl., p. 122; Ch. Georgin, *L'avancement : son organisation, ses garanties*, 1912, p. 69 et sv.; et surtout Dehesdin, *Le recrutement et l'avancement des magistrats*, Th. doct. Paris, 1908.

(2) *Op. et loc. cit.*, t. XIII, ann. 1900, p. 482 note 1.

L'exécutif n'a, en droit, sur les organes judiciaires aucune compétence extraordinaire. Le droit de surveillance extérieure qui lui appartient à l'égard de tous les services publics est son unique prérogative. Or, dans tous les services, le pouvoir disciplinaire a subi une évolution : la voie de police pure a été raréfiée ; aux mesures hiérarchiques mêmes, l'intervention juridictionnelle est, le plus possible, substituée. Ce n'est point sans raison, en effet, qu'on a souvent parlé de l'avènement du droit disciplinaire, distinct de l'autorité hiérarchique, voisin et pourtant séparable aussi de la répression pénale. Le phénomène a des aspects divers. En son principe, il implique tout un régime qui assure l'accomplissement des devoirs professionnels et l'observation des règles particulières à la fonction par d'autres moyens que des réparations civiles et les peines de droit commun. Par son mécanisme, il tend à traiter les « agents au service public » comme des citoyens spéciaux, à limiter ou conditionner l'autorité séculaire de la hiérarchie, à faire décider des fautes professionnelles un jury plus ou moins composé de pairs. Il est général : un droit de classe n'en est pas l'unique résultat ; toute la technique du droit public y trouve satisfaction, tant et si bien qu'il y a erreur ou exagération à parler de ce droit disciplinaire dans notre droit public comme d' « un orphelin

qui cherche ses parents sans les pouvoir trouver (1) ». La discipline judiciaire n'y déroge pas. Sous quelque rapport qu'on l'envisage — incrimination ou sanction, procédure ou jugement — elle révèle, au contraire, ce mouvement de « juridictionnalisation ».

Cette étude est délibérément bornée à la définition critique de la faute professionnelle ; le champ de ses développements est par là même limité. Toutefois, il ne lui est pas défendu d'indiquer, à traits brefs et serrés, en quoi l'action disciplinaire sur la magistrature cadre avec l'évolution générale et comment, en particulier, elle accuse l'unification, logiquement et socialement nécessaire, de l'autorité disciplinaire. Elle y semble bien plutôt tenue pour justifier les observations générales qui en constituent le début.

(1) Hauriou, *Précis de droit administratif*, 5e éd., 1907, p. 6.

# PREMIÈRE PARTIE

## LA DISCIPLINE JUDICIAIRE

---

### I

#### NATURE DU POUVOIR DISCIPLINAIRE

C'est depuis quelques années à peine que la doctrine s'est souciée de la qualification de la faute professionnelle et de l'exercice du pouvoir disciplinaire. Les théories allemandes, si elles n'ont pas fourni les solutions, ont, quant à ce, marqué la voie. Il faut pourtant l'observer à l'honneur de la jurisprudence française : il y a un demi-siècle, les directions étaient bien incertaines et vagues quant au rattachement qu'il faut faire du droit disciplinaire à la technique du droit privé contractuel ou, à l'inverse, aux procédés de la puissance publique ; déjà, le procureur général Dupin avait

noté « l'infinité de nuances » de cette « action..., large..., délicate..., ni civile, ni criminelle (1) », et, à sa suite, la Cour suprême avait aperçu tout ce que la matière a d'extraordinaire par rapport au droit commun : la spécialité de l'intérêt en cause, la généralité de ces infractions compromettant « tout à la fois la réputation de probité ou de délicatesse du fonctionnaire et l'autorité morale ou la dignité dont il est revêtu (2) ». La formule n'allait point assez au fond des choses ; le mérite lui reste, du moins, d'indiquer que l'origine du droit disciplinaire n'est pas dans le droit privé, dans celui des délits non plus que des contrats.

Ce qui peut être vrai en Angleterre et en Allemagne ne l'est aucunement en France. Le droit national répugne à tenir la fonction publique comme un *civil service*. Il est plus dégagé qu'outre-Rhin de l'esprit féodal et de la tendance romaine à voir dans l'Etat et les relations administratives le *Fiscus* et un commerce juridique ordinaire. Comme la discipline patronale, celle de la fonction publique rentre dans la technique du droit public : elle est le droit d'une institution et se

(1) Sous Cass. 5 juil. 1858. *Proc. gén. de Rennes*, S. 1858. 1. 609.

(2) Cpr. les expressions qui se trouvent dans les arrêts antérieurs : Douai, 15 juin 1835, S. 1835. 2. 471 ; Rennes, 21 déc. 1843, S. 1844. 2. 207.

présente comme un aspect du pouvoir règlementaire de l'Administration (1).

On l'a souvent contesté : l'effort de toute une doctrine s'est appliqué à réduire le pouvoir disciplinaire à une sanction ; la figure d'un « contrat public,... contrat de service public » a même été imaginée pour le soutenir. Figure extraordinaire, sinon même contradictoire en ses termes ; effort stérile, vicié à son principe. L'erreur de tout système contractuel a été à jamais stigmatisé par Jellinek : il est faux de ne donner au droit d'autre fondement que la volonté individuelle ou, au besoin, collective ; il est juste et nécessaire de reconnaître en toute société des conditions d'existence que la convention sanctionne peut-être, mais ne crée pas (2). Il faut dès lors partir du caractère

(1) Les idées exposées au texte sont, dans leur ensemble, celles que nous avons entendu développer à M. Delpech, dans ses cours de droit administratif de 1911 (licence) et 1913 (doctorat). Elles nous paraissent être les plus concordantes avec l'évolution et la nature du régime d'Etat moderne. Elles sont, à bien des égards aussi, une utilisation, un développement et une mise au point des analyses fournies, depuis plus de dix ans, par M. Hauriou.

(2) *Esprit du droit romain*, trad. de Meulenaere, t. IV, § 71, p. 250. — Sur cette idée que la volonté n'est pas la base essentielle du droit, v. encore l'excellente démonstration de M. Michoud, *Th. de la personnalité morale*, t. I, 1906, n° 45-58, p. 99-129, et spécialement cette formule, n° 52, p. 113 : « Si le droit veut correspondre aux besoins de l'humanité, dégager la formule exprimant aussi exactement que possible les rapports existant dans la société humaine, il ne

tout règlementaire de la condition des fonctionnaires (1) et donner, en conséquence, pour base à la répression disciplinaire un acte de puissance publique, le statut légal imposé d'autorité aux fonctionnaires comme le sont aux ouvriers ou à la famille le règlement d'atelier ou les puissances domestiques.

Cela aboutit à rapprocher, quant à leur fin, la discipline et la police, à assimiler la mesure afflictive et la mesure d'ordre, à trouver à la discipline une parenté avec la police. « Le droit de police et la discipline, — écrit un auteur à ce sujet (2), — ... sont des instruments, non de justice, mais d'ordre matériel et de paix. La police se préoccupe, non d'atteindre, de punir et d'amender des coupables, mais de calmer des agitations antisociales des brouillons ; la discipline, non de châtier des immoralités, mais de réprimer des atteintes aux règles corporatives ». Il y a, au fond

doit pas seulement protéger l'intérêt de l'individu, mais garantir aussi et élever à la dignité de droits subjectifs les intérêts collectifs et permanents des groupements. »

(1) V. Hauriou, note sous Cons. d'Et. 22 juin 1906, *Pauly*, et 15 févr. 1907, *Lacourte*, S. 1907. 3. 49. — Durckheim, *De la division du travail social*, 1902, p. 206.

(2) Mestre, C. R. de la thèse de J. Ricol, *Les tendances du droit disciplinaire*, dans le *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 2e série, t. IV, ann. 1908, p. 478.

de cette analyse, une grande somme de finesse et aussi de vérité ; une petite dose de subtilité et d'erreur lui enlève de l'autorité. Il y a des traits communs manifestes entre la répression et la police ; M. Mestre les a signalés au maximum dans le fragment ci-dessus reproduit. Par contre, il n'y a pas entre le droit disciplinaire et le droit pénal l'antinomie que les mêmes formules paraissent impliquer, elle n'existerait que si l'opposition entre l'acte contraire à l'ordre corporatif et l'acte préjudiciable à la liberté générale était réelle et irréductible. Or, rien n'est moins démontré : l'esprit a toutes raisons d'admettre que le manquement à la dignité ou à l'obligation professionnelles cause un trouble à l'ordre social et compromet l'équilibre général des activités ; il est pour le régime d'Etat un élément de désorganisation, comme l'est, dans le commerce juridique du droit privé, un délit ou un crime. Peut-être les fins de la répression, ici et là, diffèrent : l'une, la disciplinaire, s'occupe surtout de maintenir l'autorité morale du service public ; l'autre, la pénale, a plus souci d'éviter le renouvellement d'un préjudice. En vérité, il y a autant de points de contact que d'opposition : ici et là, la répression use de moyens afflictifs ; en un cas comme dans l'autre, la sanction est réalisée d'une défense, d'un ordre, de règles. Qu'il s'agisse de ceci ou de cela, c'est tou-

jours une volonté étatique dont l'obéissance se trouve assurée. Au total, ce qui varie, c'est le cercle plus ou moins large du groupement dont la répression considérée a pour but de faire respecter la « norme » (1). La nature du groupement est spéciale, celle de la répression semble constante ; et, finalement, c'est d'une identité entre les décisions pénales et disciplinaires dont il faut convenir.

La conclusion est, au point de vue législatif et administratif, d'une extrême gravité : elle fournit les clés du progrès. Elle est, sous le même rapport, d'une exactitude difficilement contestable. Toutes les fois où une autorité investie des pouvoirs de contrainte constate et réprime une violation de la loi, elle fait un acte juridictionnel. Sa décision n a en rien la nature administrative (2) : elle est liée étroitement et logiquement dans l'emploi de procédures régulières et de pénalités existantes. La chose est indiscutable au fond, pour la répression ordinaire ; elle l'est aussi en la forme,

(1) V. sur le partage du droit disciplinaire entre l'Etat et des groupements nombreux, GARRAUD, *Tr. de dr. pénal*, 2e éd., 1898, t. I, p. 3, et surtout l'article de LEIST, *Die Strafgewalt moderner Vereine*, dans le 1er fascicule 1902 du *Schmoller's Jahrbuch*.

(1) Cpr. les formules divergentes et se contredisant peut-être de M. DUGUIT, *L'Etat*, t. II, p. 464, et, dans le sens ci-dessus indiqué, *Tr. de dr. const.*, t. I, § 53, p. 271.

attendu que l'œuvre est accomplie par des agents judiciaires, du moins, pour les rapports de droit privé, par des agents constitués en juridiction. Elle n'est guère incertaine pour la répression disciplinaire. Le fait que celle-ci procède souvent au moyen d'actes administratifs justifierait des hésitations ; il doit être bien entendu : le fond demeure, la forme varie. La décision est de droit objectif, elle tend à constituer le fonctionnaire débiteur de la peine et son autorité a pour point de départ la condamnation prononcée. La procédure n'est pas forcément juridictionnelle; la raison en est peut-être alors, comme on l'a dit (1), que la peine décidée intéresse, non la propriété ou la liberté individuelle, mais les prérogatives de la fonction publique et la gestion de l'intérêt collectif; par quoi la compétence revient, naturellement, à des agents administratifs et non judiciaires (2). Mais cela ne suffit pas à infirmer l'assimilation — utile, ne fût-

(1) Bonnard, *De la répression disciplinaire*, 1902, p. 89.

(2) Cpr. *Circ. min. int.* 5 mai 1852, D. 1852. 3. 29; Cons. d'Et. 21 avr. 1893, *Zickel*, Leb. chr. p. 325. — Duguit, *L'Etat*, t. II, p. 575 *in fine* : « La cessation des fonctions est, en principe, subordonnée à une manifestion de volonté faite en ce sens et émanée du même organe que celui dont les manifestations de volonté étaient la condition nécessaire de la naissance sur la tête d'un individu déterminé du pouvoir fonctionnel » ; — et pour les applications du principe, Nézard, *Les principes généraux du droit disciplinaire*, 1903, p. 280 et sv.

ce qu'au point de vue de la défense et des droits de l'agent (1) — de la poursuite disciplinaire à l'action publique.

La voie hiérarchique apparaît normale en l'espèce; l'évolution en progrès doit toutefois être retenue : une transformation de la compétence disciplinaire s'accuse sans cesse. La décision fut de tout temps juridictionnelle par essence, elle le devient continûment en la forme. L'organisation administrative fournit, en effet, un spectacle curieux dont les stades s'échelonnent et se succèdent.

## II

### ÉVOLUTION DE LA COMPÉTENCE DISCIPLINAIRE

Le principal procédé, sinon le premier, montre des collectivités associées à l'œuvre répressive, l'agent hiérarchique étant tenu, sinon de suivre, du moins de prendre l'avis préalable d'un conseil. Peut-être l'échec au pouvoir disciplinaire discré-

(1) V. en particulier sur le principe général qui domine les deux procédures, Cass. 10 mai 1864, S. 1864. 1. 359, avec le rapport de M. le conseiller Hardoin; 25 oct. 1899, S. 1900. 1. 501; et la thèse précitée de M. Ricol, p. 142.

tionnaire ou absolu du chef n'est-il point, à ce degré, décisif. Du moins, il a quelque réalité : socialement, il satisfait peut-être à cette loi, à coup sûr à cette tendance, propre aux services publics, de modifier les rapports hiérarchiques et de soumettre ceux-ci à une organisation corporative ; pratiquement, il associe à la force corporative ceux des fonctionnaires que leur situation élevée et indépendante mettrait le plus en mesure de résister à l'arbitraire des gouvernants comme à l'indiscipline des agents ; juridiquement, il ménage à ceux-ci la protection dont l'autorité morale et les multiples moyens du pouvoir peuvent leur faire redouter la privation. Bref, c'est un rétablissement, un équilibre des forces en lutte qui résulte de ce mode de recruter la juridiction disciplinaire. L'avantage est plus ou moins réel, d'ailleurs, selon que l'avis doit émaner d'un conseil nommé tout entier par les chefs disciplinaires, composé partie de membres de droit et partie de représentants élus, ou tout entier remis au choix des agents (1). Le phénomène est manifeste au point de rendre toute glose inutile ; tout

(1) M. Nézard dit justement, *op. cit.*, p. 297 : « Sans doute il est nécessaire de réprimer sévèrement toutes les transgressions aux ordres donnés par les chefs administratifs et cette nécessité reçoit d'autant mieux sa sanction que la juridiction dépend plus du chef lui-même. Mais, d'autre part, la situation n'est pas égale entre les deux plaideurs devant un tribu-

au plus conviendrait-il de signaler sa concordance avec le droit politique, ses relations avec l'expansion du principe électif. La remarque a, en effet, de l'intérêt : c'est par l'autorité même de ce principe et le progrès de ce droit que s'impose et s'explique l'évolution de la procédure disciplinaire.

Le stade ultime est celui de la « juridictionnalisation ». Avec lui, la confusion, au moins formelle, du disciplinaire et du pénal, semble opérée : la décision est prise par une juridiction et toutes les garanties de la procédure juridictionnelle sont de droit. Une adhésion universelle devrait l'accueillir, tant les idées ci-dessus exprimées semblent avoir de certitude. Des critiques ont assailli, au contraire, cette organisation de conseils de discipline.

Ces attaques étaient naturelles de la part des syndicalistes. Ceux-ci y ont vu des « tribunaux d'exception, les plus dangereux qui soient, parce qu'ils se réunissent à huis-clos et que les salariés de l'Etat ne trouvent pour les juger que des hommes qui, hiérarchiquement, sont leurs supérieurs (1) ». Le motif n'est point certain et l'idée toute entière pro-

nal nommé. Devant un tribunal élu, cette égalité réapparaît ; car si, au premier abord, il semble que la juridiction protège plutôt l'agent que le pouvoir, en réalité ce dernier... rétablit en sa faveur l'équilibre des forces respectives des parties ».

(1) Discours de M. Wilm, député de Paris, au Congrès de l'Association générale des P. T., à Lyon, 22 avr. 1908, reproduit dans la *Revue socialiste* de 1908.

cède d'une erreur, la situation des fonctionnaires ne ressortissant, d'aucune manière, au droit privé et à l'ordre contractuel. Ces discussions sont entamées par d'autres afin d'aboutir, au moins pour le deuxième degré, à une « cour disciplinaire » où la représentation des agents feraient place à un personnel surtout parlementaire (1). Les esprits, qu'ils soient instruits des contingences ou simplement sceptiques, s'accorderont, sans nul doute, sur pareille suggestion : les mœurs politiques ne sont point pour restituer la confiance dans la justice des parlementaires et pour rassurer contre les abus de leur prépotence. Attaques et discussions sont, toutes, politiques ou législatives.

La « juridictionnalisation » est une réalité, de plus ou moins large effet, d'ailleurs, suivant les fonctions ou les hiérarchies. Pour toutes, elle a débuté par la transformation de l'autorité de l'avis formulé par le Conseil : purement consultative d'abord, sa décision a pris, peu à peu, le caractère impératif. Pour l'une, elle a abouti à un droit et à une juridiction dont le fonctionnement rejoint les règles répressives communes : le Code de justice militaire détermine complètement les fautes et les

(1) Demartial, *Esquisse d'une loi sur l'état des fonctionnaires*, dans la *Revue du droit public*, t. XXIV, ann. 1907, p. 228.

peines suivant les méthodes de la matière pénale ; les Conseils de guerre émettent des décisions subordonnées à toutes les règles de la procédure criminelle. C'est, au surplus, dans l'ensemble du droit positif national, le seul cas d'action disciplinaire complètement assimilée à l'action publique. Pour la masse des services, l' « organisation » s'est faite peu à peu (1) ; elle s'est limitée à la procédure pénale. Le Conseil supérieur et les Conseils de discipline institués pour la magistrature et les officiers ministériels, en particulier, l'ont ménagée, réalisée même, au triple point de vue de la poursuite, du jugement et des recours. Le fait est indiscutable, en dépit de certains indices, tel que l'exercice indépendant de l'action disciplinaire (2) ou l'impossibilité d'une action civile conjointe (3),

(1) Nézard, *op. cit.*, p. 310 et sv. ; Ricol, *op. cit.*, p. 143. Cpr. surtout quelques arrêts : les uns maintiennent, par tradition, au droit disciplinaire un caractère *privé* strict : Cass, 6 janv. 1835, D. 1835. 1. 85 ; 6 mai 1844, S. 1844. 1. 561 ; 23 juil. 1888, D. 1888. 1. 473 ; — les autres marquent, au contraire, de plus en plus, une tendance à l'assimilation des *procédures* disciplinaire et pénale : Cass. 4 janv. 1887, S. 1887. 1. 32 ; 17 déc. 1900, S. 1901. 1. 181.

(2) Cass. crim. 12 mai et 22 déc. 1827, *Dall.*, Rép., v° *Dénonciation calomnieuse*, n° 40. — Garsonnet et Cézar-Bru, *Tr. théor. et prat. de procéd.*, 3e éd., t. I, n° 152 note 4, p. 237.

(3) La solution est constante : Cass. 19 août 1844, S. 1845. 1. 62 ; 25 nov. 1856, S. 1857. 1. 449 ; 5 juil. 1875, S. 1875. 1. 408 ; 24 juil. 1888, S. 1888. 1. 464 ; Angers, 14 nov. 1855, S. 1856. 2. 495 ; Toulouse, 18 janv. 1866, S. 1866. 2. 107 ; Lyon, 7 nov. 1873, S. 1874. 2. 88 ; etc...

l'effet inopérant de l'amnistie (1) ou incertain de la grâce (2) à l'encontre des peines disciplinaires.

Ces singularités ne sont pas des contradictions irréductibles. Il ne faut point affecter une indifférence excessive pour la prérogative de l'autorité gouvernante, maîtresse d'apprécier et de maintenir les situations objectives que constituent et modifient l'état et les fautes des fonctionnaires; et c'est assez vouloir pour le progrès du droit que de garantir ces situations avec des formes et des recours. Il importe aussi, en présence d'interventions parlementaires ou exécutives, de sauve-

(1) *Contra* NÉZARD, *op. cit.*, p. 195 et sv., ESMEIN, note sous Paris, 25 août 1881, S. 1882. 3. 73 : « Les amnistiés après une condamnation criminelle comportant des déchéances accessoires seraient plus favorisés que.... ceux qui ont commis la même faute avec un degré de culpabilité si infime qu'ils ne subissent qu'une peine de discipline interne ». — *Sic*, avec des motifs de très inégale valeur, GARRAUD, *Tr. de dr. pén.*, t. II, p. 85; BONNARD, *op. cit.*, p. 155; et un discours, bien inspiré, de M. POINCARÉ, ministre de l'instruction publique, sur un projet de résolution de l'abbé Lemire, à la suite d'une loi d'amnistie, Ch. des dép., 29 janv. 1895, *J. off.*, Déb. parl., p. 82.

(2) Cpr., en sens divers, touchant l'effet ou le non-effet de la grâce sur des peines disciplinaires, — dont l'exécution, bien entendu, est prolongée au delà de la décision qui les ordonnait — Avis du Cons. d'Et. 7 juil. 1857 et 4 août 1892, dans les *Notes de jurisprudence* de RAYNAUD et LAGRANGE, p. 18, et NÉZARD, *op. cit.*, p. 200, n. 1 et 201, n. 2. — Rp. MORIN, *Discipline des Cours et Tribunaux*, 3e éd., 1868, t. 2, n. 839 et sv.; LEFEBVRE, *Tr. de la discipline notariale devant les tribunaux et les chambres de notaires*, 1876, t. 2, nº 1075; DUGUIT, *op. cit.*, t. I, p. 217, § 45.

garder l'autorité des décisions disciplinaires. Il importe surtout d'éviter toute atteinte au principe fondamental que l'autorité exécutive responsable a pour mission et pour droit la direction des services publics ; or, celle-ci serait mise en échec si une intervention directe ou indirecte du Parlement ou du Chef de l'Etat pouvait contrarier le libre choix ou imposer la réintégration des fonctionnaires. Il est loisible, certes, de ne point trouver au phénomène plus de portée ; il est regrettable que l'évolution ne soit pas complète, dans toutes les hiérarchies, comme elle l'est dans l'ordre militaire ; il est juste et nécessaire de reconnaître comme un progrès le fait que la répression disciplinaire est, dans nombre de cas, en forme juridictionnelle.

Tous ceux des fonctionnaires qui, « à raison de leur mission ou du plus grand éloignement du pouvoir central » (1), sont moins soumis que les agents purement administratifs à l'autorité hiérarchique, ont éprouvé ce bienfait. Il en va ainsi dans les divers ordres de l'enseignement. Les magistrats, — les magistrats du siège — avaient inauguré la tradition (2). Les art. 13 à 17 de la loi

(1) Ricol, *op. cit.*, p. 128.

(2) Il ne rentre pas dans le cadre de ce travail d'étudier ce qui est relatif aux officiers ministériels de l'ordre judiciaire,

du 30 août 1883 sont, à ce point de vue, des textes organiques :

ART. 13. — « La cour de cassation constitue le conseil supérieur de la magistrature. Elle ne peut statuer en cette qualité que toutes chambres réunies. — Le procureur général près la cour de cassation représente le Gouvernement devant le conseil supérieur. »

ART. 14. — « Le conseil supérieur de la magistrature exercera à l'égard des premiers présidents, présidents de chambre, conseillers de la cour de cassation et des cours d'appel, des présidents, vice-présidents, juges, juges suppléants des tribunaux de première instance et de paix tous les pouvoirs disciplinaires actuellement dévolus à la cour de cassation ainsi qu'aux cours et tribunaux conformément aux dispositions de l'art. 82 du sénatus-consulte du 16 thermidor an X, du chap. 7 de la loi du 20 avril 1810 et des art. 4 et 5 du décret du 1er mars 1852. — Toute délibération politique est interdite aux corps judiciaires. — Toute manifestation ou démonstration d'hostilité au principe ou à la forme du Gouvernement de la République est interdit aux magistrats. — L'infraction aux dispositions qui précèdent constitue une faute disciplinaire ».

ART. 15. — « Après l'expiration de la période de réorganisation prévue à l'art. 11, aucun premier président, prési-

notaires et avoués, avocats à la Cour de cassation, greffiers, etc... Présenter à ce sujet une brève observation n'est point, selon toute apparence, pécher gravement contre la méthode. La remarque dont il s'agit est relative, d'ailleurs, à la portée de la « juridictionnalisation ». Celle-ci a atteint son maximum d'énergie pour les officiers susdits : une véritable juridiction, — chambres syndicales, cours et tribunaux, suivant les cas, — prononce (D. 30 mars 1808, art. 103); le droit de révision sur les décisions disciplinaires n'existe plus, comme jadis, au profit du garde des sceaux; la loi du 10 mars 1898, art. 2, a supprimé cette faculté.

dent de chambre, conseiller de cour d'appel, aucun président, vice-président, juge ou juge suppléant des tribunaux de première instance ne pourra être déplacé que sur l'avis conforme du conseil supérieur. Ce déplacement ne devra entraîner, pour le magistrat qui en sera l'objet, aucun changement de fonctions, aucune diminution de classe ni de traitement. — Les magistrats que des infirmités graves et permanentes mettraient hors d'état d'exercer leurs fonctions pourront être mis d'office à la retraite, sur avis conforme du conseil supérieur; cet avis sera donné dans les formes et conditions prescrites par la loi du 16 juin 1824 ».

ART. 16. — « Le conseil supérieur ne pourra être saisi que par le garde des sceaux et il ne devra statuer ou donner son avis qu'après que le magistrat aura été entendu ou dûment appelé ».

ART. 17. — « Le garde des sceaux a sur les magistrats de toutes les juridictions civiles et commerciales un droit de surveillance. — Il peut leur adresser une réprimande; cette réprimande est notifiée au magistrat qui en est l'objet par le premier président pour les présidents de chambre, conseillers, présidents, juges et juges suppléants; par le procureur général pour les officiers du ministère public. — Le garde des sceaux peut mander tout magistrat afin de recevoir ses explications sur les faits qui lui sont imputés. »

Cette législation est des plus significatives, au point de vue que la présente monographie cherche à découvrir et à qualifier.

Elle attribue à la « formation » extraordinaire de la Cour de cassation un double rôle consultatif et juridictionnel : la décision est définitive si elle est de censure, de réprimande ou même de déchéance; l'avis est consultatif et de termes obli-

gatoires dès lors qu'il s'agit de mutation par emploi équivalent, à fin disciplinaire (1).

Elle donne corps à une distinction que le droit allemand a su formuler en termes synthétiques : c'est une vérité de fait que la culpabilité est d'un degré très variable dans les infractions; celles-ci vont, en effet, de la simple négligence à la volonté nuisible. A la diversité des faits, il est juste de mesurer l'importance de la peine; tantôt de simples mesures hiérarchiques, des *Ordnungsstrafen*, suffisent; tantôt le corps social réclame une sanction énergique, le rejet du fonctionnaire coupable hors des cadres de la hiérarchie, l'*Entfernung aus dem Amte*. La dissemblance des procédures doit s'ensuivre en équité comme en logique. La plénitude d'appréciation des supérieurs compétents demande à être, en quelques cas, compliquée de

(1) Une même mesure peut être prise par des voies bien différentes : hiérarchique ou disciplinaire. Les effets en sont bien caractérisés suivant les cas, spécialement au point de vue de la jouissance du traitement (L. 20 avr. 1810, art. 50) ou du droit à pension (L. 29 juin 1853, art. 7). Le droit français ignore les différenciations matérielles et avantageuses familières à quelques législations allemandes (Wurtemberg, L. 1876 § 72 n° 1; A. Kammerer, *La fonction publique en Allemagne*, 1899, p. 253). La doctrine et la jurisprudence administratives sont accoutumées à des critères simples et nets : Laferrière, *Tr. de la jurid. adm.*, 2e éd., t. II, p. 215; Cons. d'Et. 16 janv. 1880, *Le Goff*, avec les conclusions de M. le commissaire du gouvernement Gomel, Leb. chr., p. 891; 27 nov. 1885, *Lacombe*, avec nouvelles conclusions de M. Gomel, Leb. chr., p. 891.

formes. Les dangers d'arbitraire doivent être pourchassés, dès lors que la répression intéresse par sa gravité le double principe salutaire de la persistance d'investiture du fonctionnaire et de la quasi-inamovibilité de la fonction. Le seul moyen de réaliser cette sauvegarde est de subordonner la discussion de ces peines à des procédures judiciaires en la forme et d'en remettre la fixation à de vrais tribunaux institués avec une compétence spéciale.

La loi française y est venue après des tâtonnements. Le statut des magistrats, à bien des égards, ne vaut pas celui de l'enseignement; par exemple : la procédure n'est guère expliquée; le double degré de juridiction n'existe pas. Ces infériorités n'autorisent point un jugement sévère de l'ensemble du régime : il n'est point de système juridictionnel que la discussion ne puisse entâmer par quelque côté; il n'est ni lutte ni défense qui ne risque parfois de sombrer dans un choc d'intérêts et de « trouver son guet-apens. » La critique mordrait davantage sur un autre point : la compétence *ratione personæ* a été trop mesurée au Conseil supérieur de la magistrature.

## III

### FONCTIONNEMENT DU SYSTÈME DISCIPLINAIRE

Il semble qu'une très large attribution aurait dû résulter de la notion même du pouvoir disciplinaire : la matière de celui-ci est constituée par tous les agissements, fautes et oublis qu'un magistrat commet durant sa carrière et pour lesquels mieux vaut « un mode spécial de répression que des peines corporelles qui seraient excessives et des réparations civiles qui seraient inefficaces (1).» D'autre part, la qualité de magistrat, au sens vulgaire du mot, n'implique point de distinction entre la tâche d'apprécier les situations juridiques pour y appliquer le droit et l'office plus spécial d'exercer la police judiciaire. La tradition est fixée en un autre sens; le langage technique de la procédure s'est arrêté à des acceptions plus étroites. « Le mot magistrat, dit M. Cuche, ne

(1) Garsonnet et Cézar-Bru, *op. cit.*, 3e éd. 1912, t. I, p. 237 § 152. — Ces auteurs ajoutent une très juste remarque touchant la démission : celle-ci ne détruit pas la qualité de magistrat tant qu'elle n'a point été acceptée par le Président de la République; l'offre n'en doit pas être accueillie si l'effet en était d'arrêter des poursuites.

désigne plus que les fonctionnaires qui *rendent* la justice, à l'exclusion de ceux qui la *requièrent* ou, en d'autres termes, étant donné que les magistrats qui rendent la justice la rendent assis, tandis que les magistrats qui la requièrent se lèvent pour la requérir, le mot magistrat désigne les magistrats du siège ou *magistrature assise*, à l'exclusion de la *magistrature debout* (1). »

Une faille s'est ainsi produite dans le système au détriment des magistrats du ministère public. A leur encontre, la dépendance hiérarchique a subsisté, ils n'ont point une condition différente de celle des agents administratifs. Le pouvoir disciplinaire est entier aux mains des gouvernants; la révocation arbitraire dépend du garde des sceaux; la discipline a des allures trop simples et trop énergiques, anormales. Des qualifications impropres ont été employées à ce sujet : le « caractère gouvernemental » de la discipline hiérarchique est une expression chère aux parlementaires et à nombre d'auteurs mal instruits de la terminologie administrative. L'idée, à défaut de l'explication, est conforme aux réalités. Nul recours n'est admissible ou concevable contre la décision prise par le gouvernement. Le recours

(1) *Manuel de procédure civile et commerciale*, 1909, p. 107.

hiérarchique n'a point d'occasion, car le ministre, en raison même de sa responsabilité parlementaire, détient la plénitude du pouvoir sur toute l'administration, soumise à hiérarchie, de son département (1). Le recours contentieux en annulation n'a point de place, car les mesures disciplinaires ont figure d'« actes du pure administration »; elles passent pour des moyens remis au gouvernement de servir les intérêts généraux; et le seul cas de recevabilité plus favorable d'un recours pour excès de pouvoir serait celui d'une mesure prise par son auteur en violation de la loi de compétence (2). Peut-être y a-t-il là « quelque chose de malsain »; à coup sûr, le germe s'y trouve d'un désarmement du fonctionnaire sans fortune, ni héroïsme devant les puissants. Le champ demeure trop ouvert à « cette manipulation des magistrats, qui vient d'une conception fausse du pouvoir. » Par là l'évolution est demeurée imparfaite (3). Son défaut, en tous cas, est des plus certains.

(1) LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. I, p. 447 et sv.

(2) Cpr. la doctrine du Cons. d'Etat, telle qu'elle résulte des arrêts *Spindler*, 17 janv. 1879, Leb. chr., p. 3, et *Maugras*, 15 nov. 1900, Leb. chr., p. 617, S. 1900. 3. 57, avec une note de M. HAURIOU.

(3) MM. GARSONNET et CÉZAR-BRU, *op. cit.*, n° 182, p. 285, notent cette « amovibilité absolue » comme « la sanction de leur devoir d'obéissance ». Si c'est là une justification, la rai-

La compétence reconnue au Conseil supérieur de la magistrature sur les juges de paix, fonctionnaires amovibles, malgré les garanties obtenues de la loi du 12 juillet 1905, est pour accuser davantage ce défaut (1). Il serait plus éclatant encore si cette compétence s'exerçait aussi à l'égard des juridictions commerciales, des Conseils de prud' hommes et du Tribunal des conflits. Les spécialistes les plus autorisés : MM. Lyon-Caen et Renault (2), Garsonnet (3), Esmein (4) lui-même, discutent à ce sujet. L'énumération faite dans

son est des plus faibles. Il y a lieu, de même, de faire toute réserve sur leur formule finale : « Des raisons impérieuses... de les mettre à l'abri d'une révocation arbitraire... n'existent plus, dès lors qu'il s'agit de fonctionnaires qui ne rendent pas la justice et dont l'indépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif n'est point nécessaire à la sécurité des justiciables ». C'est faire une ventilation singulière et dangereuse. Tout ce qui est écrit dans le présent chapitre tend, implicitement, à le prouver; les traits empruntés à l'évolution du droit public s'ajoutent aux règles du gouvernement formulées par Royer-Collard et Guizot.

(1) Art. 21 L. 1905; Garsonnet et Cézar-Bru, *op. cit.*, n° 123, 128, t. I, p. 203, 211 : l'avis d'une commission doit être pris pour la rétrogradation et la révocation des juges de paix; cette commission, dont l'avis ne lie point le gouvernement, est composée du procureur général et de trois conseillers de la Cour de cassation et de trois directeurs du ministère de la justice.

(2) *Traité de droit commercial*, 3e éd., t. I, n. 347 *bis*.

(3) Garsonnet et Cézar-Bru, *op. cit.*, n° 151 infine, t. I, p. 246.

(4) Esmein, note sous Cass. ch. réun. (Cons. sup. de la magistrature), 22 avr. 1898, S. 1899. I. 385.

l'art. 14 de la loi de 1883 leur paraît significative, et le caractère amovible propre à certains membres de ces juridictions (1) fonde leurs hésitations. Pareils arguments ne sont pas péremptoires. Le titre même de la loi, à l'encontre de tel ou tel de ses articles, institue le pouvoir disciplinaire du Conseil supérieur de la magistrature sur tous les « magistrats ». Par ailleurs, la preuve n'est pas administrée d'une antinomie entre la révocation par le supérieur hiérarchique et l'action disciplinaire par devant la Cour de cassation ; celle-ci remédierait, le cas échéant, à la brutalité de celle-là ; elle permettrait la discussion contradictoire qui fonde les arrêts de justice ; elle étendrait à la fonction judiciaire un système admis pour le service public de l'enseignement. Le mot très juste de M. Esmein serait ainsi vérifié et vivifié : « La juridiction disciplinaire exercée par un grand corps judiciaire peut présenter pour l'exemplarité des avantages que n'offre pas un décret de révocation (2) ».

Des raisons de gouvernement se heurtent en

(1) La formule vise l'élément constitué au Tribunal des conflits par les membres du Conseil d'Etat. — Il y aurait une inélégance à traiter différemment les deux parties d'un même organe ; il existe apparemment une impossibilité juridique à priver de ces garanties de droit le personnel représentatif de la Cour de cassation.

(2) Note précitée, p. 385, col. 2.

l'occurence. Il convient dans un régime d'Etat de ne point affaiblir les ressorts de la machine gouvernementale. Ceux-ci, sans doute, seraient mis à l'épreuve si, par exemple, le Conseil supérieur de la magistrature était à même de révoquer des juges consulaires ou des conseillers prud'hommes auxquels leurs électeurs renouvelleraient tout aussitôt leur mandat, ou bien encore d'acquitter des magistrats amovibles auxquels le garde des sceaux aurait retiré leur fonction. Peut-être ne seraient-ils point faussés pour autant.

La qualité morale des personnes est, en démocratie, l'une des pièces les plus importantes du régime. Elle ne doit point être exploitée; elle risque de l'être si le pouvoir hiérarchique peut servir d'instrument de règne. Et il en va ainsi lorsque des magistrats, sans garantie, doivent choisir entre des ordres et des mesures disciplinaires (1). M. Delpech a donné de l'idée une forme systématique. Il l'appuie sur une citation de Guizot, parlant, en février 1821, après son élimination du Conseil d'Etat, au nom de l'opposition constitutionnelle (2) : « Entre la politique et la justice, toute

(1) Cf. un très vigoureux discours de M. Millerand, Ch. des dép., 1er juil. 1904, au sujet d'une mystérieuse note Havas aux journaux de province et d'un rapport du procureur de la République au Tribunal de la Seine qui avaient mêlé son nom à une enquête sur les millions des Chartreux.

(2) Delpech, Chronique constitutionnelle de France : L'enquête sur les millions des Chartreux, dans la *Rev. de dr. publ*,

intelligence est corruptrice, tout contact est pestilentiel. En la recherchant, la politique s'accuse ; en s'y prêtant, la justice se perd. Que la société se garde donc bien aux moindres symptômes de rapprochement ; qu'elle s'en inquiète dès le premier jour et ne se laisse imposer par aucune excuse. Ni les circonstances, ni les hommes, rien ne doit rassurer contre le fait même. Si les circonstances sont graves, elles s'aggraveront ; si les hommes sont honnêtes, ils se pervertiront ». Puis il ajoute, afin de traduire des vérités d'expérience : « Dans aucun gouvernement, l'abus du droit contre les droits des citoyens, reprochable aux gouvernants, n'est plus dangereux qu'en une démocratie où les gouvernés n'acceptent plus aucune subordination intermédiaire... Les gouvernants n'ont jamais trouvé un définitif avantage à avoir, dans les fonctions publiques, au lieu d'hommes, des instruments passifs de leurs volontés, gagnés par des récompenses que le mérite et l'honneur ne pouvaient toujours expliquer ni avouer ; et les fonctionnaires eux-mêmes n'ont toujours gagné à une

t. XXI, ann. 1904, p. 568-593, spécialement p. 585-587. — Le discours de Guizot est dans le volume de ses *Mélanges politiques et historiques*, 1869, p. 129. — Cpr. Georges Picot, *Les magistrats et la démocratie*, dans la *Revue des Deux Mondes*, n° 15 mars 1884, p. 315 ; A. Desjardins, *La magistrature élue*, dans la même *Revue*, 1er août 1882, p. 550 ; Conclus. du proc. gén. Dupin, sous Cass. ch. réun. 4 nov. 1834, dans l'affaire de la Gazette de Metz, *J. du Pal.*, 1842, p. 976.

dépendance étroite vis-à-vis du pouvoir que de la déconsidération dans le sentiment du peuple, sinon à leurs propres yeux ; on n'est le plus souvent que le fidèle serviteur de celui dont on est l'arbitraire créature. Il s'ensuit, tout spécialement pour l'ordre judiciaire, dans un gouvernement démocratique plus encore que sous une monarchie, que si le juge n'est pas, par son origine et la permanence de ses fonctions, au-dessus des vicissitudes politiques, il est le prisonnier des plus forts, au détriment des vaincus qui deviennent aisément des opprimés... Tandis que l'existence d'une magistrature indépendante et impartiale est une vraie liberté publique, le propre du despotisme est de mettre le juge et la loi sous la main des gouvernants; et le tort des majorités, lorsqu'on n'est plus surtout au lendemain d'une révolution, d'avoir pour politique celle qui consiste à tenir la menace de la révocation constamment suspendue sur la tête des magistrats amovibles ».

Il n'est pas utile d'insister davantage. C'est la meilleure originalité du droit public américain d'avoir, selon les mots imagés de M. Boutmy, introduit « l'anarchie au sein de l'autorité », pourchassé « l'unité et l'effet de masse du pouvoir ». C'est une faiblesse, traditionnelle en France, de l'organisation et de la discipline judiciaires, d'ad-

mettre le jeu inconditionné de la puissance publique au préjudice d'une partie du personnel. Le progrès n'a point parcouru toute sa course. Au sein de toutes les administrations, il consiste, non à diminuer, mais à régulariser l'action disciplinaire du chef de service.

A l'égard des membres de la magistrature *assise* pris individuellement et des corps judiciaires, la remise de la juridiction a été faite aux chambres réunies de la Cour de cassation. Il ne reste plus au garde des sceaux qu'un droit de surveillance assez dénué d'énergie, avec la double prérogative de la réprimande et du *veniat* : en un cas, c'est un blâme que le premier président du ressort transmet, d'ordre, au magistrat visé par le ministre de la justice; en d'autres hypothèses, c'est une injonction de lui porter ses explications sur les faits imputés que le garde des sceaux adresse au juge. Les art. 81 du sénatus-consulte du 16 thermidor an X, 50 et 57 de la loi du 20 avril 1810 ont été prolongés par l'art. 17 de la loi du 30 août 1883. L'application de toutes les autres peines dépend du Conseil supérieur de la magistrature; elle est, à tout le moins, subordonnée à un avis conforme de ce conseil.

A la magistrature *debout*, une condition bien moindre est faite. Dans leur ensemble, les obligations sont semblables, dès lors qu'il s'agit d'impartialité envers les justiciables, d'égard aux

compagnies judiciaires, de correction dans la vie privée. L'amovibilité caractéristique des fonctions affecte ou même supprime nombre de prérogatives, telles que l'irresponsabilité ou les garanties disciplinaires. L'irresponsabilité existe en ce sens que l'art. 358 du Code d'instruction criminelle protège les membres du ministère public comme le corps judiciaire tout entier, en égard à tous les actes, même excessifs, commis de bonne foi ; et il n'est rien, quoiqu'on en ait dit, qui contraigne à la diminuer au vu de l'art 50 du Code civil ou encore de l'art. 692 du Code de procédure civile (1). Les garanties disciplinaires défaillent : indépendant des cours et tribunaux près desquels il exerce son office, le ministère public est, au point de vue disciplinaire, dans un état de subordination original et complet envers l'autorité hiérarchique. Au garde des sceaux appartient la plus haute autorité. Les chefs des parquets généraux, à l'exclusion des procureurs de la Républiqne et même du procureur général près la Cour de cassation, lui servent d'intermédiaires et d'agents. Son action est libre et spontanée comme chef du département ministériel.

Bref, ici et là, c'est un état de fait et de droit très caractérisé. Des raisons d'histoire en donnent

(1) Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. I, n° 288 ; Garsonnet et Cézar-Bru, *op. cit.*, n° 186, n. 12, t. I, p. 290.

la clé. Avant d'en étudier le mécanisme et la portée, il faut éclairer les origines ou les étapes. La tâche est simple sur un point, car, tout de suite, les choses ont été fixées ; elle est plus longue sur l'autre, les changements ayant été, sinon multiples, du moins échelonnés et assez péniblement conquis. La chronologie de la législation justifie ou même impose pour cet exposé un ordre inverse de celui observé jusqu'ici dans ces développements.

### 1°. — *Les magistrats du ministère public.*

Il n'y a presque rien à dire, en effet, touchant le corps du ministère public. La tradition remonte haut. Dans une lettre du 21 juin 1731, d'Aguesseau en reproduisait la raison déjà vieille « qu'à Sa Majesté seule,... il appartient de prescrire des règles à ses procureurs, dans tout ce qui regarde leurs fonctions et qui peut intéresser le bien de leur service ». L'indépendance des compagnies judiciaires est la contre-partie et le prix de l'autorité acquise au pouvoir exécutif sur le ministère public. Il ne s'ensuit point de manière absolue que celui-ci, pour ouvrir des poursuites, suivre des actions civiles, assurer l'exécution des lois, doive « avant tout, prendre ou attendre les ordres du gouvernement... S'il en était ainsi, le ministère

public qu'on a accusé... de n'agir que sous l'influence du gouvernement, n'aurait plus rien à répondre à cette imputation quand on jugerait convenable de la reproduire... Ce qu'il y aurait de plus alarmant pour la liberté, c'est que le gouvernement s'en mêlât jamais ». Du moins faut-il entendre avec des réserves cette protestation contre la servitude qu'élevait, au temps de la Restauration, M. le procureur général Bellart (1). Elle affirme le droit des officiers du ministère public à émettre librement des conclusions suivant leur conviction, à l'encontre des réquisitions écrites, lesquelles peuvent être contraintes par un ordre hiérarchique formel. Elle n'aurait aucune valeur si elle tendait à nier le droit pour le garde des sceaux d'adresser des injonctions, d'user de déplacements et même de révocations contre les magistrats indociles à ses volontés (2).

Dès la fin du XVI[e] siècle, l'ancienne monarchie avait montré la voie : les procureurs du roi ne formaient pas un cadre hiérarchisé, un et indivisible, subordonné à un chef commun ; mais déjà ils recevaient les instructions générales du chancelier. On a dit avec humour que l'âme juridique

(1) Elle est citée dans les conclusions du proc. gén. DUPIN, dans l'affaire Dartaud, Cass. 22 janv. 1862, S. 1862. 1. 297.

(2) GARSONNET et CÉZAR-BRU, *op. cit.*, n[os] 179, 182, t. I, p. 281, 285.

française est semblable au Palais de justice de la Cité (1), attendu que chacune des règles et des institutions viables a une racine lointaine dans le passé national. Il y a là plus qu'une image et moins qu'un paradoxe. L'idée que la volonté royale, en toute forme et sur tous objets, équivalait à une loi se fit, un jour, recevoir dans la vieille France. La monarchie absolue n'est rien d'autre, en somme, que la contrainte aux ordres du roi et la punition, comme d'une illégalité, de toute désobéissance : la dépendance du ministère public au pouvoir royal en fut une application spontanée.

Il fallut toutes les préventions de l'Assemblée constituante contre les institutions judiciaires du passé pour ne point perpétuer la règle. La contradiction entre une terminologie classique et la nouveauté du droit est manifeste au travers des décrets des 16-24 août 1790 et 16-20 septembre 1791 : les « commissaires du roi » sont qualifiés « agents du pouvoir exécutif », réduits à un rôle minimum et gratifiés de l'inamovibilité. Chacun a le souvenir des essais faits tour à tour par la Législative,

(1) Chabrun, *La proposition d'erreur*, 1913, p. 33 : « Les siècles tour à tour ont modifié sa structure, amplifiant qui d'un pavillon, qui d'une aile, l'architecture première du monument. De près, on peut avoir l'illusion de se trouver en présence d'un édifice moderne ; mais si l'on prend quelque recul, on ne distingue plus que deux choses dans son illustre silhouette : les tours gothiques qui se mirent au tain de la Seine et la flèche de la Sainte-Chapelle ».

le Directoire et la Convention des accusateurs publics et des magistrats de sûreté, en place du ministère public.

Le système d'agents amovibles, sujets d'un pouvoir absolu de discipline, retrouve crédit seulement en l'an IX. Il prit asile définitif dans le droit national après la loi du 20 avril 1810, avec la double face déjà signalée : exclusion de la juridiction disciplinaire des cours et tribunaux; révocation décrétionnaire par le garde des sceaux. Depuis lors, l'appréciation des fautes professionnelles imputées aux membres du ministère public releva de leurs supérieurs hiérarchiques. Et telle est l'unique raison (1) pour laquelle ils ne sont point passés sous la juridiction du Conseil supérieur de la magistrature le jour où celui-ci reçut, en bloc, de l'art. 14 de la loi du 30 août 1883, non des attributions disciplinaires nouvelles, mais les pouvoirs antérieurements dévolus à la cour de cassation, aux cours et aux tribunaux.

Est-ce une nécessité de gouvernement? On a peine à croire la chose : les idées de droit public et de sociologie juridique ci-dessus exprimées avaient pour but d'en faciliter la discussion. C'est plutôt un *système* médiocre de gouvernement.

(1) Esmein, *note précitée*, § 1, S. 1899. 1. 385, col. 3.

Tout au plus, s'il y fallait découvrir des raisons politiques supérieures, pourrait-on y voir l'une de ces procédures répressives qui ont leurs lettres de créance dans des textes assez incertains et mal connus. Un rapprochement tente l'esprit ; s'il n'est pas décisif, il semble curieux. En voici l'énoncé succinct. Les art. 80 de la loi du 27 ventôse an VIII et 441 du Code d'instruction criminelle, par exemple, font mention d'un recours en cassation pour excès de pouvoir, d'ordre du gouvernement. Ceux qui ont étudié de très près la jurisprudence (1), conviennent que la Cour suprême est accoutumée sur ce point à des confusions : elle dénomme assez fréquemment « cassation dans l'intérêt de la loi (2) », l'annulation qu'elle prononce selon l'art. 441, après réquisitions du procureur général, sur l'exhibition d'un ordre formel du ministre de la justice, dans un intérêt purement général et pour la répression d'un dépassement par le juge de ses pouvoirs constitutionnels. Le droit général et absolu conféré au garde des sceaux, dans l'intérêt de l'ordre public, de faire réprimer par une annu-

(1) P. Cantaud, *De l'excès de pouvoir à la Cour de cassation*, 1911, p. 122 et sv.

(2) Cass. 7 avr. 1865, S. 1865. 1. 365 ; 13 juin 1879, S. 1879. 1. 385 ; 21 oct. 1904, S. 1907. 1. 526 ; 17 mai 1907, S. 1908. 1. 249 avec une note de M. J.-A. Roux qui, à propos d'erreurs dans les motifs, suit la Cour de cassation dans ses analyses et sa terminologie critiquable.

lation utile et immédiate certaines décisions juridictionnelles sur litige et les actes judiciaires les plus divers n en demeure pas moins certain. Il suffit à son exercice qu'une juridiction ait commis plus qu'une violation de la loi par un motif incorrect, ou qu'un juge n'ait pas reculé devant une incompétence qui porte atteinte à l'ordre social tout entier (1). M. le procureur général Baudoin en déclarait très justement, en 1909 (2), « le principe... puisé dans la règle fondamentale de l'ordre public : *ne quid detrimenti capiat* ». Cela revient à exciper des principes constitutionnels et de l'ordre général. La sauvegarde des uns et la défense de l'autre constituent la mission propre de l'exécutif; à quoi il satisfait par l'utilisation constante de prérogatives variées, la libre disposition de la force publique et le recours accidentel à des voies de répression extraordinaires et spéciales. La mise à néant des actes par lesquels un corps ou une individualité du corps judiciaire, dans l'exercice de ses fonctions, outrepasse les limites assi-

(1) Cpr. parmi les plus vieux arrêts, Cass. 10 janv. 1827, S. 1827. 1. 498; 5 déc. 1831, S. 1832. 1. 65 et parmi les moins anciens, 21 juil. 1874, S. 1875. 1. 110 ; 30 juin 1890, S. 1890. 1. 377 ; 13 avr. 1893, S. 1893. 1. 286 ; 15 juin 1909, S. 1909. 1. 505 ; CARTAULT, *op. cit.*, p. 172-174.

(2) Cass. Req. 19 janv. 1909, D. 1909. 1. 233. — Cpr. un réquisitoire du proc. gén. Bertauld et un rapport du conseiller Robert de Chenevière, Cass. 13 juin 1879, S. 1879. 1. 385.

gnées dans le régime d'Etat à sa compétence, fournit une occasion à ce rôle de l'exécutif. La répression au moyen de la rétrogradation, avec un refus d'avancement ou par voie de révocation des fautes professionnelles imputables à un magistrat amovible peut servir le même but; il lui suffisait d'obéir à la stricte justice et d'échapper au danger des contingences politiques.

Le rapprochement fait entre l'une et l'autre faculté passera peut-être pour anormal, surprenant, hasardeux; il n'est, d'ailleurs, que proposé à la critique du lecteur. Peut-être a-t-il toutefois cet avantage de rapprocher, pour leur finalité, certaines attributions ministérielles et cette utilité systématique de les ramener à des règles constitutionnelles ou à des principes de droit public; ce qui est une manière tout à la fois de grandir ces attributions et d'en conditionner l'exercice dans le cas, plein de périls, où le pouvoir politique se confond avec le droit disciplinaire.

### 2°. — *Les magistrats du siège.*

La voie ouverte contre la magistrature assise est beaucoup moins difficile à justifier. Par contre, sa carrière législative a connu plus d'accidents, au moins à l'un de ses degrés.

Ces derniers mots visent la dualité ancienne et

persistante de la juridiction disciplinaire. La loi du 20 avril 1810 investit, en effet, les présidents des compagnies judiciaires du droit d'*avertissement* : sur réquisition du ministère public, les chefs des cours d'appel et des tribunaux de première instance adressent des observations secrètes et individuelles (1) à ceux des magistrats dont la conduite non améliorée motiverait, par forme de discipline, la censure simple, la censure avec réprimande ou la suspension provisoire.

La mesure a une nature très spéciale, et, par là même, des conditions évidentes. Une faute déjà commise et devenue irréparable ne comporte pas l'avertissement (2). Il est, en effet, une peine améliorative et corrective beaucoup plus que

(1) L'avertissement collectif, par arrêté, est impossible : Cass. 5 mai 1835, DALL., Rép., V° *Discipline judiciaire*, n° 158, t. 15 : « Attendu que l'avertissement que les présidents des cours royales et des tribunaux sont autorisés, par l'art. 49 de la loi du 20 avr. 1810, à donner à tout juge qui compromettra la dignité de son caractère, ne peut être qu'individuel et sans caractère de pénalité, puisque, suivant l'art. 52 de la même loi, l'application des peines déterminées par l'art. 50 appartient exclusivement aux chambres du conseil des tribunaux de première instance et des cours royales ; — Attendu que l'arrêté du premier président de la cour royale de M..., du 20 déc. 1834, rendu sur des faits différents, dans un seul et même acte, avec injonction à l'un des trois juges qui y sont dénommés d'en donner connaissance à ses collègues, excède les limites du pouvoir attribué au même président... »

(2) Cass. 25 févr. 1826, DALL., *ibid.*, n° 150 ; CARRÉ, *Lois de l'organisation judiciaire*, t, I, p. 69 ; GARSONNET et CÉZAR-BRU, n° 154, note 2, t. I, p. 240.

répressive. Dans l'échelle des moyens et des peines hiérarchiques, il a place au-dessus des simples observations ou reproches du supérieur au subalterne, et il est en-deçà des voies et des formes disciplinaires qui entament la fierté en lui faisant subir une humiliation publique. Il ne trouve donc à jouer que si l'irrégularité ou l'acte répréhensible commis par le magistrat est rémédiable ou bénin et n'ouvre pas, par sa gravité, ce que les lois allemandes appellent la « procédure en forme », avec la perspective, à son terme, de la « relégation de la fonction ».

Cependant son utilité reste manifeste. Il y aurait erreur à dire de cette peine qu'elle est propre aux fonctionnaires judiciaires : toutes les hiérarchies la connaissent. Il est juste de noter qu'en France, avec moins de netteté, mais aussi sûrement qu'en Prusse, en Bavière ou en Saxe (1), la « voie disciplinaire simple » de l'admonestation est mentionnée et définie pour les juges comme elle ne l'est pas à l'encontre des agents administratifs. La volonté de la maintenir, sinon même de l'étendre, est chose notable. Lors de la discussion au Sénat du projet qui devait devenir la loi du 30 août 1883, la Commission a expressément affirmé l'autorité persistante de l'art. 49 de la loi

(1) *Prusse*, L. 9 avr. 1879, § 23 ; *Bavière*, L. 26 mars 1881, art. 3 ; *Saxe*, L. 20 mars 1880, § 16 ; KAMMERER, *op. cit.*, p. 250.

de 1810. Or, son application au sein de la Cour de cassation avait fait difficulté durant plus d'un demi-siècle. Les doutes à cet égard n'étaient point partagés, semble-t-il, par la Cour (1). En tous cas, les auteurs de la loi ont tenu à dissiper les hésitations. Ils ont, remarquent MM. Garsonnet et Cézar-Bru (1), « manifesté l'intention formelle de soumettre à la juridiction disciplinaire les membres de la Cour de cassation qui leur paraissaient, à tort d'ailleurs, en être complètement exempts,... et... vouloir accorder au premier président de cette Cour la même autorité disciplinaire qu'aux présidents des autres compagnies judiciaires ».

L'autre degré de l'action disciplinaire est plus élevé et la procédure en est aussi plus formelle. Il fut un temps, comme il est des pays, pour lesquels on a dit de la magistrature assise « qu'elle est l'arche sainte inattaquable ». C'est la mentalité germanique, par quoi s'expliquent les précautions prises contre le jeu de l'action disciplinaire. Ce fut peut-être la raison des tâtonnements qui s'observent en France quant aux juges et au jugement des fonctionnaires judiciaires. Le mouvement a commencé dès la loi des 27 avril-25 mai 1791, avec

(1) V. *infra* p. 45. — Cass. ch. réun. 21 juil. 1871, D. 1871. 1. 33, S. 1871. 1. 186.

(2) *Op. cit.*, n° 154, note 1, t. I, p. 240.

toutes sortes de complications et d'incertitudes ; il s'est achevé en une solution moyenne et transactionnelle avec la loi du 30 août 1883 (1). La discipline judiciaire fut exercée tour à tour par des autorités diverses ; de leur compétence cumulée à certaines heures résultait une extrême complication. Le dernier effort a consisté à unifier le pouvoir disciplinaire par la remise de la décision au plus haut corps de la hiérarchie. Il n'a laissé au garde des sceaux, de ses anciennes et plus larges attributions, que l'initiative des poursuites.

Originellement, toute l'action disciplinaire était aux mains du pouvoir exécutif. Qualifié pour « rappeler à la règle » tous les juges, tenu de faire rapport aux assemblées « de l'administration de la justice et des abus qui auraient pu s'y introduire » (L. 27 avr.-25 mai 1791, art. 5 ; L. 10 vend. an IV), le ministre de la justice frappait arbitrairement pour délit d'opinion, toujours prêt à confondre les « erreurs » de jugement avec

(1) Cpr. Articles du journal *Le Droit*, sur la discipline judiciaire : 8 janv. 1844, 31 janv. 1849 ; sur le pouvoir et les poursuites disciplinaires : 19 nov., 2 déc. 1847. — Morin, *Discipline des cours et tribunaux*, 3e éd., 1868 ; Odilon-Barrot, *De l'organisation judiciaire en France*, 1872 ; Durand, *De la discipline dans la magistrature*, Th. Paris, 1894 ; André Morillot, *La Cour de cassation Conseil supérieur de la magistrature*, Th. Paris, 1910.

« l'affectation coupable (1) ». La Cour de cassation ne lui avait été associée que d'une manière fallacieuse et inopérante : le rôle de la députation annuelle, prévue par la loi du 27 ventôse an VIII, était borné à un exposé des moyens « d'établir dans les tribunaux la meilleure discipline... à l'égard des juges. »

Un partage d'attributions plus effectif date du Consulat : au grand juge, la surveillance et l'admonestation ; au Tribunal de cassation, contre les membres des tribunaux criminels et d'appel, le droit de censure et de discipline, la suspension des fonctions et l'appel par devant le ministre ; aux tribunaux d'appel et aux tribunaux civils, respectivement, le contrôle des tribunaux civils et des justices de paix. La ligne en avait été ainsi ébauchée dans les art. 78, 81 à 83 du Sénatus consulte du 16 thermidor an X. Imprécise, elle devait trouver des compléments en « des règlements d'administration publique et, dans trois ans au plus tard,... des mesures législatives... présentées au Corps législatif en forme de loi. »

Le décret du 30 mars 1808 ne fit point œuvre utile. A peine mentionne-t-il l'obligation pour les procureurs de parler, à l'audience de rentrée, « sur le maintien de la discipline » (art. 101) ; tout

(1) V. un arrêté des Consuls, 27 brum. an X, *Bull. des lois*, nº 994.

au plus affirmait-il l'action du garde des sceaux, par l'organe du ministère public.

Un pas plus sérieux s'aperçoit dans la loi du 20 avril 1810. Les mêmes tendances sur la prépotence de l'exécutif y étaient suivies (art. 8 et 9, 57 et 59). Au grand-juge, les procureurs généraux devaient envoyer le texte des arrêts obtenus par leurs réquisitions contre « les abus »; du grand-juge, les magistrats fautifs ou suspects de manquements professionnels recevaient ordre de s'expliquer; par le grand-juge, la Cour de cassation serait convoquée et présidée pour prononcer les suspensions et déchéances jugées opportunes. Toutefois, un rôle particulier était ouvert aux diverses juridictions et à la Cour de cassation. Les tribunaux de première instance et d'appel avaient, d'après le chapitre 7 de la loi, qualité d'autorités disciplinaires sur leurs membres, concurremment avec le ministre de la justice en ce sens que toutes leurs décisions devaient lui être communiquées et que certaines étaient exécutoires seulement avec son approbation. La Cour de cassation, d'autre part, participait au fonctionnement des procédures et à l'application des peines à l'encontre du corps judiciaire tout entier dans les conditions susdites, et, à l'égard de ses propres membres, comme les autres compagnies.

Ainsi fixées, les choses demeurèrent sous les

régimes successifs. Il faut en venir au décret dictatorial du 1er mars 1852 « sur la mise à la retraite et la discipline des magistrats », pour découvrir un élargissement de la juridiction conférée à la Cour suprême. Celle-ci est appelée, d'ordre du ministre, à statuer sur les suspensions provisoires prononcées par les juridictions de première instance ou d'appel contre les magistrats inamovibles; et le droit lui est attribué de frapper, après l'avoir entendu, le magistrat traduit devant elle d'une déchéance de la fonction.

Maintes fois, les changements successifs dans l'état politique de la nation fournirent prétexte à projets sur l'organisation judiciaire. Il n'en pouvait guère aller autrement. Les institutions et ce que M. Saleilles appelait un jour « les types formels », doivent varier et être en harmonie avec les principes et les buts sociaux : « Tout le monde, disait-il (1), dès qu'il s'agit d'institutions de droit public, à n'en prendre encore que le côté purement technique, en constate immédiatement la relation nécessaire avec le développement historique de la société elle-même. La nécessité de l'instrument n'étant niée par personne, l'intérêt de son perfectionnement technique ne saurait être contesté

(1) Saleilles, *Y a-t-il vraiment une crise de la science politique ?* dans la *Rev. polit. et parlem.*, 10 avril 1903. — Cpr. Delpech, *op. et loc. cit.*, p. 822.

sérieusement ». Les propositions de réforme (1) poursuivaient des buts complexes : réduction et répartition du nombre des magistrats, suspension temporaire de l'inamovibilité, élimination des éléments hostiles à la forme du gouvernement, etc.., La réorganisation de la discipline judiciaire en était un aspect assez secondaire, sinon accidentel. La proposition Saint-Romme, Deluns-Montaud et Granet déposée à la Chambre le 8 février 1883 marque un courant contraire.

L'intelligence du droit nouveau qui en est résulté a pour condition le jugement bien acquis sur le système antérieur, sur son mécanisme et ses résultats. A cet effet, un résumé synthétique vaudra mieux, d'ailleurs, qu'une longue analyse. Deux forces étaient en lutte, se mêlant, rendant confus, plein d'inconvénients et incomplet un système répressif dont la valeur dépend de son équilibre et de sa simplicité. La Cour de cassation demeurait en une posture incertaine et subordonnée en face du ministre de la justice qui semblait avoir accaparé l'autorité disciplinaire. Les

(1) V. leur indication, depuis le premier projet d'Hyde de Neuville, sous la Restauration, dans SIREY, *Lois annotées de 1884*, sous la loi du 30 août 1883, p. 521. — V. aussi le rapport d'une particulière importance fait à la Chambre des députés par WALDECK-ROUSSEAU, *J. off.*, 9 mars et 8 juin 1880, p. 2801, 6255 et sv.

prérogatives de l'une et les attributions de l'autre avaient, à plusieures reprises, suscité de longs débats, excité même de vives passions. Une affaire est demeurée célèbre dans les annales judiciaires ; elle a révélé le double aspect de la question.

En 1870, le Gouvernement de la Défense nationale décréta que le premier président de la Cour de cassation Devienne serait déféré disciplinairement à cette Cour, en raison de « négociations d'un caractère scandaleux » dirigées par lui aux Tuileries dans les derniers mois de l'année 1864, et révélées par la troisième livraison des « Papiers et correspondances de la famille impériale ». L'investissement de Paris par les troupes allemandes mit obstacle à la réunion de la Cour. Dès le rétablissement de l'ordre, au début de juillet 1871, « le Gouvernement », par l'organe de M. Dufaure, rappela au procureur général Renouard ce commencement de poursuite.

La compétence de la Cour de cassation pour statuer disciplinairement au regard de ses membres se trouva tout d'abord posée. Le problème était connu et tranché depuis l'arrêt Madier de Montjeau, rendu le 18 décembre 1847. « Comme le législateur grec », la loi de 1810 avait refusé de prévoir la faute des plus hauts magistrats du pays, comme si une défaillance était, de leur part, inconcevable. De fait, ses dispositions relatives à

la discipline étaient formellement étrangères à la Cour de cassation et l'action de celle-ci y était mentionnée uniquement au sujet d'une sorte d'évocation d'ordre public sur le sort des magistrats inamovibles des juridictions inférieures et d'appel. Une interprétation stricte eût déduit de ce silence que les membres de la Cour suprême étaient uniquement sujets de l'avertissement et du rappel à la règle émanés du ministre de la justice dès 1791 et étendus dans leur application à tous les juges par la loi du 10 vendémiaire, an IV.

Les juridictions disciplinaires ne s'induisent sans doute pas d'analogie; mais il est aussi vrai, sinon même plus nécessaire, de dire que la compétence expressément accordée par une loi aux compagnies de degré inférieur l'est *a fortiori* au corps placé au sommet de la hiérarchie judiciaire. Il y a surtout, pour fonder l'action disciplinaire d'office, cette raison supérieure à toutes que le souci de la dignité collective implique la liberté de se saisir et de décider des faits qui la mettent en cause. En la circonstance, la Cour de cassation était d'autant plus engagée à statuer que, par un sacrifice des procédures de droit (art. 52 L. 1810, art. 4 et 5 D. 1er mars 1852) et des convenances de fait, la dénonciation contre M. Devienne avait été livrée aux journaux.

Le 21 juillet 1871, toutes chambres réunies en Conseil, selon la loi, elle délibéra un arrêt dont elle a, extraordinairement et sur les réquisitions de son procureur général, autorisé la publication. Sa juridiction y est affirmée avec la raison jumellée « que la Cour, usant de son pouvoir disciplinaire, a le droit et le devoir de vérifier et d'apprécier *même d'office* les faits reprochés par le décret à M. le premier président Devienne; que M. Devienne, loin de décliner la juridiction de la Cour, l'invoque, au contraire, avec instance; qu'il y a donc lieu, pour elle, d'entrer dans l'examen du fond..... (1) » La raison est péremptoire.

Le motif invoqué pour trancher la deuxième difficulté, relative aux pouvoirs du garde des sceaux, est aussi décisif. Il tient en ce considérant « que les diverses attributions conférées par les lois au ministre de la justice... ne relèvent que du *pouvoir judiciaire* et non du pouvoir exécutif, et qu'elles ne peuvent être exercées que par le ministre de la justice qui en est seul investi; qu'il suit de là que le décret du 23 septembre 1870, émané d'un pouvoir auquel n'appartient pas l'exercice de l'action disciplinaire, n'a pu saisir légalement la Cour de cassation... » La question

(1) Cass. ch. réun. 21 juil. 1871, S. 1871. 1. 185, D. 1871. 1. 33. — Contra Ortolan et Ledeau, *Le ministère public en France*, 1831, t. II, p. 364.

des actes placés par la législation du Premier et du Second Empire dans la compétence du ministre grand-juge y est soulevée, réduite. Pour mieux dire, la faculté de promouvoir l'action disciplinaire est entreprise, restreinte eu égard à ses titulaires (1) : les droits du seul ministre de la justice trouvent créance ; les prétentions éventuelles du gouvernement en son ensemble sont, au contraire, condamnées *a priori*. La solution est surprenante (2). Au fond, elle exprimait la vérité juridique et recélait une grande leçon.

(1) Des trois moyens de la participation du ministre de la justice à la procédure disciplinaire, tels qu'ils ont été indiqués *supra* p. 40, et au texte ci-dessus, l'arrêt de la Cour néglige : 1° la révision des sentences de condamnation (art. 56 L. 20 avr. 1810) et 2° la présidence de la Cour de Cassation statuant sur l'inculpation (art. 82 sén. cons. 16 therm. an X). Elle ne les niait pas, pour autant. L'annotateur du *Sirey*, 1871. 1. 185, lui prête, avec assez de raison, « la pensée... que le ministre de la justice (avait) conservé en cette matière tous les pouvoirs qui lui avaient été successivement attribués.

(2) Le décret du 23 sept. 1870 était signé : « Pour le garde des sceaux, ministre de la justice, — Par délégation : — Le membre du Gouvernement de la Défense nationale : Emmanuel Arago ». La Cour de cassation, malgré cette unité de signature, le tient en son arrêt pour une décision du gouvernement entier. Tout l'y autorisait : l'intitulé de l'acte et aussi ce trait législatif particulier à l'époque : des décrets en date des 12 et 16 sept. 1870 avaient délégué à Emm. Arago le droit de prendre sous sa seule signature, au nom du gouvernement, toutes les décisions urgentes relatives à la magistrature. Or, les premiers mots du décret faisaient foi que celui-ci, loin d'émaner du garde des sceaux en sa seule qualité de chef du département ministériel de la justice, était la volonté du

Interdire à un acte collectif du pouvoir exécutif, représenté par le conseil des ministres, ce qui est admis du garde des sceaux investi des attributions autrefois remises au grand-juge, est le fait d'une distinction, très heureusement inspirée, dans la personne du ministre de la justice, de l'homme politique et du chef hiérarchique de l'organe juridictionnel. Celui-là, dans la main du gouvernement, participe aux fluctuations de la politique, dépend de l'opinion publique et des majorités parlementaires, vit sous les influences capricieuses et dominatrices des choses et des hommes de parti ; celui-ci est d'une autre sphère ou doit avoir une moralité supérieure, des traditions plus fermes, un rôle moins hasardeux. La mission stricte d'un chef de la magistrature est de veiller à la dignité et de garantir la paix de cette hiérarchie.

Il s'en suit, — et c'est là le sens très élevé de l'arrêt des chambres réunies, — que le garde des sceaux a pour prérogative, et pour obliga-

« Gouvernement de la Défense nationale ». Le décret était peut-être celui d'un *gouvernement de fait*; il n'était pas illégal : les actes émanés d'un gouvernement de fait sont valables quand l'investiture de leur auteur est rendue « plausible par suite de l'acceptation générale et de l'exercice public de la fonction » (V. JÈZE, *Essai d'une théorie générale sur les fonctionnaires de fait*, dans la *Rev. de dr. publ.*, t. XXXI, ann. 1914, p. 112; ESMEIN, *Eléments de droit constitut.*, 5e éd., p. 519).

tion aussi, de prendre sous sa responsabilité, seul et en dehors de toute sujétion à des ordres du Cabinet, les décisions disciplinaires. « Le ministre est dépendant du chef du pouvoir exécutif; mais il recouvre sa liberté par la faculté d'offrir sa démission, démission qui, dans ces hautes positions, doit être l'acte le plus facile parce qu'il est le plus honorable étant la sauvegarde de la conscience, démission qui d'ailleurs ne sera pas toujours en pareille circonstance acceptée sans hésitation, sans scrupule, sans inconvénient. La loi a pensé qu'un ministre de la justice, digne de ses fonctions, résistera plutôt que de se laisser imposer un acte de poursuite qu'il doit faire seul sous sa responsabilité et qui serait, ayant été délibéré par des hommes politiques, un acte de passion et de lutte entre les partis, et non pas un acte du justice disciplinaire. »

Tel était le commentaire de l'arrêt du 21 juillet 1871 par l'annotateur du *Sirey* (1). Il serait bon et juste de croire l'idée toujours vraie ; elle a pour elle la vérité constitutionnelle et l'impérieuse morale. L'arrêt fournit, en tous cas, une bonne délimitation de la compétence disciplinaire entre le garde des sceaux et les cours ou tribunaux sous

(1) S. 1871. 1. 186 col. 1.

le droit antérieur à la loi du 30 avril 1883. Cette délimitation était compliquée, car la compétence était divisée. La juridiction devait donc être unifiée.

Les institutions judiciaires sont soumises à la loi commune des choses humaines. Certains accidents de leur destinée rendent, d'ailleurs, plus rapide et nécessaire le retour à la simplification. Ainsi, la remise du pouvoir disciplinaire à la Cour de cassation, constituée toutes chambres réunies en Conseil supérieur de la magistrature, a été la contre-partie de « l'épuration » du corps judiciaire et comme la rançon des mesures voulues par le gouvernement pour réformer la composition de ce corps beaucoup plus que la magistrature elle-même. L'initiative des poursuites demeure le lot du ministre de la justice, ensemble avec le traditionnel droit de surveillance et de réprimande.

La combinaison n'a point été découverte et arrêtée d'un trait ; la force des choses l'a lentement imposée. La nécessité en fut déclarée par le garde des sceaux Martin-Feuillée, dans l'exposé des motifs du projet déposé à la Chambre le 10 mars 1883 (1). Donner plus d'unité à l'action disciplinaire, en remettre l'exercice à une juridiction

(1) *J. off.*, Ch. dép., Documents parl., 1883, p. 293 et sv.

unique, c'était le programme annoncé de la réforme. Constituer le Conseil supérieur avec un élément judiciaire prépondérant et l'augment de conseillers d'Etat, c'était le moyen imaginé. Le moyen était inférieur au programme. L'esprit séparatiste, le préjugé de caste eût sans doute inspiré à la magistrature judiciaire le regret excessif, mais grave, de collaborer avec des conseillers d'Etat. L'élection par les conseillers à la Cour de cassation et les premiers présidents de ceux des leurs qui auraient composé le conseil disciplinaire, était d'un syndicalisme fonctionnariste d'avant la lettre.

Le rapporteur du projet, M. Jules Roche, dénonça le procédé d'une « loi consacrant ainsi la solidarité des juges, les reconnaissant elle-même non point comme des citoyens individuellement revêtus d'une haute charge publique, mais comme les membres d'un ordre particulier autonome, ayant sa place hors de l'Etat ; et le garde des sceaux ne tarderait pas à s'apercevoir que l'autorité légitime et nécessaire qu'il doit exercer dans l'intérêt de la République, et dont il est responsable devant nous, s'est évanouie pour passer aux mains des premiers présidents des Cours d'appel, plus puissants que ne le furent jamais les chefs des Parlements de l'ancien régime (1) ». La répli-

(1) *Ibid.*, p. 712.

que, selon toute apparence, dépassait, heurtait la perspective et l évolution.

Les systèmes nouveaux sont des indices et des applications des changements caractéristiques de la structure de l'Etat moderne (1). Ils tendent à faire participer le personnel des services, plus ou moins libéralement, par des représentants élus, à l'action disciplinaire et aux décisions d'un conseil organisé. Le projet de M. Martin-Feuillée préconisait l'un d'eux ; il fut écarté. Il valait mieux toutefois que la suggestion donnée par la commission de la Chambre et tendant à faire choisir par les Chambres les deux tiers des quinze conseillers de la Cour suprême qui composeraient le Conseil supérieur.

Le Sénat vit le danger : « Cette intervention périodique du Parlement dans le choix des magistrats chargés de l'exercice du pouvoir disciplinaire pourrait avoir pour effet d'introduire la politique dans un milieu d'où elle doit être rigou-

(2) M. Delpech a expliqué, en 1912, dans son cours public sur les *Associations et syndicats de fonctionnaires*, ces modifications de la notion fondamentale de la fonction publique. Il n'a pas visé le trait législatif signalé ci-dessus ; celui-ci est pourtant révélateur et confirmatif du phénomène qu'il a décrit : l'infusion de l'esprit démocratique, l'effet de sa pénétration sur la naissance des groupements et la substitution, dans ces groupements, du régime représentatif et de la discipline librement consentie au contrôle autocratique et à la vieille idée napoléonienne de contrainte.

reusement bannie, et de porter atteinte à l'unité de la Cour suprême... A l'unanimité, il a été admis, d'une part, qu'il importait de puiser exclusivement dans la Cour de cassation les éléments du Conseil supérieur et, d'autre part, de constituer ce Conseil en dehors de toute désignation arbitraire faite par le gouvernement et sans avoir recours à l'élection (1) ».

Ainsi il fut fait, en dehors de toute préférence donnée à l'une ou à l'autre des chambres de la Cour, pour éviter à toutes les inspirations ou les procédés de la politique. Une prérogative avait été proposée. Elle fut combattue (2) avec une prudente raison : « Dans la condition nouvelle que l'on voudrait faire à la chambre civile, la nomination d'un de ses membres prendrait une importance exceptionnelle et il serait à craindre que, par une infiltration lente mais continue, cette chambre en arrivât à devenir dans une certaine mesure une chambre politique ».

Le législateur allait céder à l'illusion politique de s'assurer, par des suspensions temporaires de l'inamovibilité, une magistrature dévouée. Il voulut se rassurer lui-même et calmer les protestations contre l'emploi de cet héroïque moyen. Il l'a

(1) Rapp. de M. Tenaille-Saligny, *J. Off.*, Sénat, Docum. parl., 1883, p. 295.

(2) *Ibid.*

payé de la réduction des droits du ministre de la justice à la distribution des réprimandes et à l'initiative des poursuites (art. 16 et 17) et de la privation infligée au pouvoir exécutif de la discipline sur les magistrats réintégrés dans leur inamovibilité (art. 13 et 14).

Le régime a de la simplicité et de l'unité. Politiquement, on lui a prêté cet effet de n'avoir guère atteint les prérogatives gouvernementales. On a comparé l'esprit d'indépendance des anciens Parlements aux manières des corps judiciaires modernes. Des pessimistes ont écrit que « s'il fallait redouter un excès chez le juge actuel, ce serait plutôt l'excès de la soumission et de la déférence envers le pouvoir établi; s'il lui fallait choisir entre la sauvegarde des droits de ce pouvoir et celle des citoyens, (on n'est) pas bien sûr qu'il opterait pour la seconde (1) ». Georges Picot assurait plus anciennement que, faute d'aimer « les coups de force,... les caprices populaires,... tout ce qui ébranle ou viole le contrat politique, .. la magistrature a... toujours été en retard sur nos

(1) Morillot, *Le Conseil supérieur de la magistrature*, 1910, p. 74. — Cpr. sur le « déclin » progressif de l'administration de la justice, l'usure et même l'arrêt de fonctionnement du rouage, les pages attristées et graves de M. le conseiller à la Cour de cassation, F. Malepeyre, ancien directeur au ministère de la justice, *La magistrature en France*, 1900, p. 3-5.

révolutions; dans le secret de son cœur... les a toutes regrettées;... est, par une attraction de nature, partisan du pouvoir établi... (1) ». Juridiquement, le système cadre avec le rôle du pouvoir judiciaire et la mission de censure dévolue à la Cour de cassation. Il n'y a point d'objection à tirer là-contre de cette idée juste qu'en France, comme « dans les Etats modernes, il n'y a guère que deux pouvoirs constitutionnels effectifs et (que) la séparation des pouvoirs n'a réalisé qu'un équilibre à deux (1) ». Il est très vrai que l'organe juridictionnel, même de droit commun, n'est pas « des pouvoirs constitutionnels », attendu qu'il ne peut lier, arrêter l'action ni du législatif, ni de l'exécutif (2). Mais de ce qu'il n'a pas d'action, il ne suit pas qu'il doive être sujet des autres et ne puisse avoir une fonction propre et un pouvoir indépendant de juridiction. On a appuyé sur l'histoire la thèse (3) qu'il y a pour la fonction exécutive des raisons et une tendance effectivement ressenties à délaisser l'action directe, à admettre les procédures contentieuses, à déve-

(1) Hauriou, *Princ. de dr. publ.*, p. 450. — Cpr. Duguit, *op. cit.*, § 64, t. I, p. 358 et sv.

(2) *Ibid.*

(3) M. Delpech, à son cours de droit administratif (1913-1914) sur le progrès de la justice publique et déléguée à l'encontre de la juridiction gouvernementale.

lopper la forme et la fonction juridictionnelles. La matière de la discipline offre un joli cas de ces transitions.

La Cour de cassation a, de ce chef, gagné du pouvoir et de la liberté. Ce pouvoir, considéré sous un certain angle, est la généralisation de la compétence objective grâce à laquelle la Cour veille au maintien et au respect de la loi. Cette liberté, envisagée en soi, a certains aspects et tout l'avantage du mot, si tant est que le terme ait en pratique le sens que lui donnait en 1909, devant la Chambre, M. Clémenceau répliquant à M. Jaurès : « La liberté, c'est le droit de se discipliner soi-même pour ne pas être discipliné par les autres ». Il lui appartient de protéger les magistrats contre les passions populaires et les tentatives du pouvoir et de les défendre aussi contre eux-mêmes. Cette tâche est d'une particulière grandeur et d'une nécessité primordiale dans les démocraties où rien n'est esclave, ni la parole ni l'ordre.

# DEUXIÈME PARTIE

## LA NOTION DE FAUTE DISCIPLINAIRE

« Seigneur, de peur qu'il ne m'arrive de causer sur vos secrets, prenez ma langue en tutelle, mettez des gardes en ma bouche et une porte ou fermure sur mes lèvres. *Pone ori meo custodiam et ostium circumstantiæ labiis meis.* » La Rocheflavin parlait ainsi, dans les *Treize livres des Parlements de France* (p. 636), en citant et glosant le psaume de David, CXL, verset 3. Le conseil de secret vaut pour les magistrats au sujet de leurs « conseils, délibérations et résolutions »; il n'a point de force pour celui qui s'applique à la définition de la faute disciplinaire accidentellement imputée aux magistrats.

Le recueil de cas n'est pas très riche ; il est possible, par malheur, de le constituer. L'entreprise, d'ailleurs, reste délicate. Elle l'est communément à l'égard de tous les fonctionnaires, elle l'est particulièrement pour ceux de l'ordre judiciaire. L'opinion publique soupçonne assez

mal le danger inhérent à l'action de l'Etat sur les fonctionnaires, l'écueil cotoyé sans cesse par les voies disciplinaires. Le choix, l'utilisation et le déplacement des agents représentent des actes administratifs discrétionnaires et indispensables pour l'Etat. Cependant ces agents, pour accomplir et bien accomplir leur tâche, doivent jouir d'une initiative dont le corrélatif est le droit pour l'Etat de mettre en jeu leur responsabilité. Or, ce pouvoir disciplinaire que les Statuts des services administratifs travaillent à modérer et à conditionner, rencontre dans le principe de l'indépendance de la magistrature une entrave fatale, car la magistrature est réputée ne reconnaître pour supérieur que la loi elle-même et jouir partout, dans l'intérêt de la justice, d'une situation privilégiée.

Les obstacles à la voie disciplinaire contre les magistrats ne se rencontrent pas du côté de la procédure. C'est là, d'ailleurs, le moindre côté de la matière; il n'a pas de place dans ce travail, faute d'offrir de l'intérêt et une originalité véritable (1). Le mieux, en effet, qu'il y ait à faire à

(1) V. pour les détails de la matière, FAYE, *La Cour de cassation* (Extr. des Pandectes françaises), 1903, nos 524 et sv., et pour un résumé assez imparfait, MAX GIBERT, *La discipline des fonctions publiques*, Th. Paris, 1912, p. 181-184.

ce sujet, c'est de rappeler, pour en mesurer la portée, l'assimilation, vers laquelle la jurisprudence tend depuis plus d'un demi-siècle (1), des actions disciplinaire et pénale au point de vue des formes et des garanties de la défense. Les questions de discipline impliquent pour le juge une liberté d'appréciation plus grande qu'à l'ordinaire, tant il y a d'élasticité et de nuances au fond des qualifications : causes graves, inconduite notoire, atteinte à la dignité de la profession. La preuve y prend de même une figure toute spéciale : au lieu d'être sur le type de la preuve pénale, morale quant à sa force, légale pour sa recherche et son administration, elle est morale et libre à tous égards, de forme discrétionnaire pour le juge disciplinaire (2). « La loi, disait un rapporteur à la Cour de cassation, s'en remet à la prudence et à la lumière des magistrats ; la seule condition qu'elle leur impose, c'est de ne porter aucune atteinte aux droits sacrés de la

(1) V. le premier arrêt en ce sens : Montpellier, 27 déc. 1852, S. 1853. 2. 9. — Rpr. Cass. 10 mai 1864, S. 1864. 1. 359, av. le rapp. de M. le conseiller Hardoin ; 23 mai 1892, D. 1892. 1. 529 ; 25 oct. 1899, S. 1900. 1. 501 ; 26 janv. 1903, S. 1903. 1. 144, etc... — Cf. Nézard, *op. cit.*, p. 527.

(2) Cass. 5 juil. 1858, S. 1858. 1. 609 ; Chambéry, 30 janv. 1885, S. 1886. 2. 101 ; Cass. 4 janv. 1887, S. 1887. 1. 32 ; 19 janv. 1898, S. 1902. 1. 239 ; 24 juil. 1900, S. 1901. 1. 261, etc... — Morin, *op. cit.*, t. II, p. 314.

défense » (1). La Cour, constituée en Conseil supérieur de la magistrature, agit, de ce chef, comme le fait, à l'ordinaire des choses, l'organe judiciaire chargé de résoudre un litige de droit ou une question de fait.

## I

### LES JUSTICIABLES DU CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA MAGISTRATURE

L'étendue de la compétence *ratione personæ* ne fait pas davantage grosse difficulté. Quelques législations, — celles du Wurtemberg, du royaume de Saxe et du grand duché de Bade, par exemple, — sont réputées pour leur sévérité à se saisir d'actes accomplis par un fonctionnaire avant son entrée en charge ou après sa sortie du service

(1) Cpr. L. 16 août 1883, art. 16 ; Cass. 17 juin 1867, D. 1867. 1. 196; 24 janv. 1881, S. 1881. 1. 417; 19 nov. 1890, S. 1894. 1. 341; 6 avr. 1891, S. 1891. 1. 457; 13 avr. 1892, S. 1892. 1. 303; 9 févr. 1898, D. 1901. 1. 414; 14 nov. 1899, S. 1901. 1. 180 ; 17 déc. 1900, S. 1901. 1. 181; etc... — Nézard, *op. cit.*, p. 314, 330, 338, 343 et *passim*. — Un point, une limitation apparente de cette liberté de la défense est peu observé. Seuls, des membres du barreau de la Cour de cassation peuvent prêter leur appui au magistrat traduit devant le Conseil supérieur. Cpr. Cass. 12 janv. 1844, S. 1844. 1. 147; 27 juil. 1885, D. 1885. 5. 149; Tissier, Colmet-Daage et Glasson, *Tr. de pr. civ.*, t. I,

public. C'est une disposition extraordinaire même, en Allemagne; la loi d'Empire n'admet, en effet, les poursuites disciplinaires « que contre des fonctionnaires actifs ou considérés comme tels, par exemple s'ils sont en disponibilité provisoire, et pour des actes accomplis pendant leur période d'activité (1) ». Le droit français ne va certainement pas au-delà de cette dernière solution.

La chose devient manifeste, si elle pouvait être douteuse, après un examen de l'arrêt Quesnay de Beaurepaire, du 27 avril 1898. Le Conseil supérieur de la magistrature fut saisi, en l'espèce, d'une poursuite contre un ci-devant procureur général devenu magistrat inamovible. La question s'est ainsi posée de sa compétence pour juger contre l'un de ses justiciables immédiats des faits se rattachant à l'exercice de fonctions antérieures et non sujettes à sa juridiction. Le rapporteur de la commission d'enquête nommée par la Chambre, M. Viviani, et le garde des sceaux, M. Milliard, n'avaient pas été d'accord sur la « controverse juridique », l'un discutant le droit prétendu par

p. 114, 149. — « C'est surtout du barreau de la Cour de cassation, dit Morin, *op. cit.*, t. I, p. 160, qu'on peut dire que les avocats rendent en respect aux magistrats ce qu'ils reçoivent d'eux en égard et bienveillance ». — Rpr. Crépon, *Du pourvoi en cass. en mat. civ.* (Extr. du *Répert. gén. alph. du dr. franç.*), 1892, t. I. n° 563.

(1) Kammerer, *op. cit.*, p. 244.

l'autre de traduire l'ancien officier du ministère public devant les chambres réunies de la Cour de cassation (1).

L'arrêt de non-lieu à suivre sur les faits signalés se fonde sur une distinction « au point de vue disciplinaire,... des faits touchant à la délicatesse, à l'honneur ou à la considération du magistrat.., et des faits de pure administration pour lesquels un magistrat du ministère public relève directement de ses chefs hiérarchiques ». Il est susceptible de deux interprétations de portée bien différente, mais l'une et l'autre favorables au droit de la Cour de cassation.

Entendue à la lettre, la formule aboutit à n'entreprendre les actes accomplis dans les fonctions antérieures du ministère public que s'ils sont de nature à ternir la réputation du magistrat (2), sa considération présente de fonctionnaire justiciable du Conseil. La solution est peut-être ingénieuse : elle préservera, le plus souvent, de rétrospectives critiques et représailles le garde des sceaux qui n'usa point de sa puissance hiérarchique et l'officier du ministère public non frappé

(1) Ch. Dép., 30 mars 1898, *J. off.*, Déb. parl., p. 1381.

(2) Formule classique, V. *infra*, III, 3°, et, dès maintenant, pour l'intelligence du texte ci-dessus : L. 20 avr. 1810, art. 49; Décr. 19 mars 1852, art. 3 ; Cass. 9 novembre 1852, S. 1858. 1. 609 en note ; 15 juin 1882, S. 1882. 1. 419 ; 10 avr. 1895, S. 1895. 1. 387.

sur l'heure par une révocation qui n'aurait pas eu besoin d'être motivée. L'équivoque, à coup sûr, n'y fait pas défaut. L'intangible respect des prérogatives du garde des sceaux pourrait, à l'occasion, voiler d'un masque juridique des raisons politiques. Les deux concepts de faute et de délicatesse professionnelles doivent affecter une raideur et une sévérité extrêmes.

Mieux vaudrait donc, dans le doute, tenir l'arrêt pour moins subtil et plus tranchant. Rien dans ses termes n'y répugne. Cette manière revient à déclarer la Cour de cassation compétente pour connaître des actes d'un ancien membre du ministère public devenu, par de nouvelles fonctions inamovibles, son justiciable, à condition, bien entendu, que ces faits constituent des fautes d'après le droit commun de la répression disciplinaire. Elle allait de soi, à en croire certains journaux judiciaires contemporains de l'arrêt (1). M. Esmein lui a prêté le puissant secours de sa logique : « Les membres du ministère public sont, — aux termes de cette argumentation (2), — soumis en principe à la répression disciplinaire, comme les autres magistrats et d'après les mêmes règles quant au fond, c'est-à-dire quant à l'appré-

(1) *Gazette des Tribunaux*, 1898. I. 217.

(2) Note (§ II), S. 1899. 1. 386, col. 1.

ciation des fautes discipinaires; ils sont même soumis à une discipline plus sévère encore, puisque la révocation peut les atteindre pour des fautes que la juridiction disciplinaire de la Cour de cassation ne prendrait point en considération à l'égard des magistrats qui sont ses justiciables... Le Conseil supérieur a virtuellement, d'après son institution même, le pouvoir disciplinaire sur tous les magistrats; seulement, en ce qui concerne les magistrats du ministère public, ce pouvoir sommeille en quelque sorte tant qu'ils exercent ce ministère, pour laisser la place à la libre action de leurs supérieurs hiérarchiques. Il se réveille et rentre en activité lorsque ces magistrats, ayant cessé d'exercer leurs premières fonctions pour devenir des juges, sont soustraits par là même à l'autorité de leurs anciens supérieurs hiérarchiques ». La conception est juridique, très évocatrice de souvenirs et de comparaisons de droit privé comme de droit public. Elle est assez fâcheuse pour les calculs de la politique, lesquels ne doivent pas avoir place dans l'administration de la justice; et ce serait une raison nouvelle pour l'admettre. Le jeu de l'organisation judiciaire et disciplinaire, en France, aboutit à laisser au gouvernement la maîtrise de l'action publique, l'initiative des poursuites. Cette maîtrise et cette initiative font courir le risque de violations de la

loi. Il faut, par tous moyens, empêcher et redresser les conséquences de ce fait.

Cependant les difficultés auxquelles il vient d'être fait allusion, sont les plus simples de la matière. Elles n'ont rien de très anormal par rapport au droit commun. Beaucoup plus graves sont celles que provoquent l'incrimination et la qualification des fautes disciplinaires.

## II

### LES CARACTÈRES GÉNÉRAUX DU DÉLIT DISCIPLINAIRE

On est assez accoutumé à dire qu'il n'y a pas de théorie du délit disciplinaire (1). L'autorité de répression est réputée ainsi souveraine pour incriminer les faits et apprécier l'élément d'injustice, d'immoralité, d'indélicatesse des fautes. Toutes les juridictions disciplinaires seraient théoriquement sujettes de cette formule que l'exposé des motifs du décret du 21 juillet 1897 donne de l'universi-

(1) C'est l'opinion défendue à la Faculté de Paris dans son cours de Droit public général, par M. le doyen LARNAUDE.

taire : « Elle ne constate pas simplement d'après un tableau de prévisions ; ...dans son appréciation entrent mille éléments variables qu'il serait impossible de... doser et de classer à l'avance. Il suffit donc de l'armer du pouvoir et d'avoir confiance en elle pour l'usage à en faire ». De fait, les quelques dispositions qu'on a relevées ici ou là, sont à peine énonciatives et des plus imprécises : les art. 49, 56 et sv. de la loi de 1810 sont typiques Il est vrai que l' « inconduite et immoralité », par exemple, incriminées disciplinairement par des textes, répugnent aux définitions précises que donnent, par nécessité, les lois pénales ordinaires. La règle de la légalité des peines semble souvent enfin compromise, sinon sacrifiée : d'habitude, les lois disciplinaires spécialisent peu ou même ne spécialisent point les fautes punissables.

Il convient toutefois de ne se tromper ni sur l'aspect arbitraire du droit appartenant à l'autorité disciplinaire de frapper des faits non prévus par un texte positif ou de modifier d'après les circonstances le jugement de ces faits, ni au sujet de l'incertitude des incriminations. Les textes successifs dénotent un effort continu de détermination des fautes comme des peines. La nature des faits, spéciale comme celle du droit disciplinaire lui-même, est telle d'ailleurs qu'elle rend forcément indéterminée leur qualification. Les répercussions

d'un acte sur la considération d'un magistrat restent incertaines, tout comme est arbitraire l'appréciation que fait un juge de l'influence d'une calomnie ou d'une diffamation sur l'honneur d'un particulier. Dans les deux hypothèses, les répressions disciplinaire et correctionnelle impliquent la même contingence, et nul ne songe pourtant à s'élever contre le caractère légal de la seconde. « Dans tous les cas, qu'il s'agisse soit de lois proprement dites, soit de règlements administratifs ou corporatifs, l'incrimination reste législative, car le pouvoir règlementaire n'est qu'un pouvoir de législation ou d'administration, suivant la théorie qu'on adopte, mais pas un pouvoir juridictionnel. Sans doute aussi, cette loi reçoit par la force des choses et la nature des faits à saisir une interprétation très large, mais cette interprétation ne fait pas sortir le juge de sa mission et la faute disciplinaire garde son caractère légal (1) ». Cette formule est juste ; elle a été donnée pour toutes les hiérarchies, elle convient pleinement à la discipline de la magistrature. Il est donc possible de parler en théorie de droit disciplinaire et de faute professionnelle. Il est plus malaisé d'embrasser la matière de l'un et d'arrêter la formule de l'autre.

(1) Nézard, *op. cit.*, p. 139.

La question se pose pour tous les magistrats. Elle a, semble-t-il, un aspect particulier pour les officiers du ministère public. Ceux-ci sont hiérarchiquement organisés ; cette hiérarchie s'exerce tout entière sous l'autorité du garde des sceaux. Du ministre dépendent le mouvement et l'unité de direction ; de lui émanent, en nombre d'hypothèses, les ordres de procéder ou, au contraire, de surseoir à l'exécution d'une loi ou à l'exercice d'une action publique. Ces ordres sont souvent, sinon toujours, secrets et généraux, tels qu'ils peuvent, sans garanties extérieures de forme et de publicité, enlever à une loi ou à une procédure toute son utilité.

Une théorie a été préconisée, il y a quelques années, qui simplifierait le problème ; elle l'empêche de naître. Elle prétend à une faculté pour le gouvernement de violer la loi, dans l'intérêt supérieur de l'Etat, sauf l'obligation de réclamer des Chambres un ordre du jour de confiance ou un bill d'indemnité, et à condition de ne point laisser sans garantie les droits particuliers. L'instruction de service, (selon le type prévu à l'art. 274 du Code d'instr. crim.), apparaîtrait ainsi comme « l'instrument d'assouplissement des cadres juridiques aux formes rigides », le moyen de parer aux nécessités humanitaires, équitables ou politiques de la vie moderne. C'est comme une résurrection

de la théorie du mobile politique et, avec elle, de la catégorie des actes du gouvernement. Le contrôle de l'opinion publique et la responsabilité parlementaire du ministre ou du ministère seraient des garanties utiles et suffisantes contre l'arbitraire, les illégalités ou la tyrannie de l'organe exécutif (1). Il s'ensuivrait, en tous cas, l'indemnité des services judiciaires débordés par ces ordres hiérarchiques, l'immunité du ministère public sujet à la contrainte du gouvernement. Un très grand talent a été dépensé au service de cette théorie. Nombre de précautions formelles sont prises pour en prévenir l'extraordinaire danger et en masquer l'anarchique subtilité.

Abstentions et ordres d'exécuter la loi ne peuvent faire l'objet de mesures systématiques, quelque liberté d'appréciation que le mécanisme constitutionnel ou les formules législatives laissent, pour le service du droit, aux gouvernants et aux chefs suprêmes des administrations publiques. « Qu'on ne prétende pas qu'il est des cas où, l'application intégrale étant contraire aux intérêts généraux, l'abrogation reste inopportune et la suspension formelle dangereuse; l'arsenal de la législation

(1) V. Barthélemy, *De la liberté du gouvernement à l'égard des lois dont il est chargé d'assurer l'application*, dans la *Rev. de dr. publ.*, t. XXIV, ann. 1907, p. 295 et sv., spécialement p. 306.

est suffisamment bien pourvu, pour qu'on ne soit pas obligé de chercher des armes à côté et d'ébranler les bases mêmes de l'Etat moderne » (1).

Les instructions adressées par le ministre de la justice à ses subordonnés pour les fins imaginées par cette ingénieuse doctrine ne comportent aucune justification strictement juridique. La théorie « est, au fond, contraire au régime de légalité (2)....., dangereuse parce qu'elle va droit à l'encontre du système de la légalité,... et... encore, parce qu'elle fausse profondément dans les esprits la notion même de la légalité... Liberté du pouvoir exécutif en certaines circonstances, soit. Mais liberté légale (3) ». Les conclusions offertes avec un curieux souci de réalisme se heurtent donc tout à la fois à des raisons de droit et à des nécessités de fait.

Les ordres imaginés, s'ils étaient donnés par le garde des sceaux et exécutés par le ministère public, seraient certainement illégaux. Leur émission par le chef hiérarchique constituerait un

(1) Grélat, *Essai d'une théorie générale de l'instruction de service*, 1908, p. 402.

(2) A. Le Poittevin, note sous Cass. crim. 4 mai 1907, S. 1908. 1. 54, col. 3.

(3) V. le développement très bien venu à ce sujet de la thèse de Lucien Lévy, *L'ordre hiérarchique : sa force exécutoire, les suites contentieuses de son exécution*, Dijon, 1913, p. 56 et sv.

abus de droit; leur inobservation par le subalterne, bien loin de constituer une faute, serait nécessaire et, le cas échéant, absoute (1). La solution revient à dénier la force contraignante aux ordres hiérarchiques illégaux d'un garde des sceaux à ses procureurs généraux (2). Ce n'est donc pas d'une question de faute professionnelle, à proprement parler, qu'il s'agit dans l'espèce. La désobéissance à l'instruction de service risque, à la vérité, d'être brisée, suivie d'une mesure de déplacement ou de révocation ; la mesure serait, non une sanction, mais un acte d'arbitraire, rendu trop aisé par le statut fragile du ministère public.

(1) Cpr. Cass. 28 juil. 1814, Bull. crim., p. 79; 22 déc. 1827 Devill. et Car. VIII. 731.

(2) La doctrine allemande est très ferme à cet égard ; les discussions qui existent entre ses représentants sur le point de savoir s'il y a ou non, dans l'hypothèse prévue au texte, ordre hiérarchique dans le sens formel, cessent quand il s'agit d'en affirmer en tous cas la force non obligatoire. Cpr. Seydel, *Bayerisches Staatsrecht*, t. 3, p. 391 n. 1, qui parle d' « immixtion illicite dans la juridiction » et Otto Mayer, *Le droit administratif allemand*, éd. franç., 1906, t. IV, p. 75, qui dit : « Les fonctionnaires de la justice... sont soumis à un pouvoir hiérarchique qui peut leur donner des ordres. Mais en ce qui concerne l'activité juridictionnelle proprement dite, ils doivent trouver par eux-mêmes ce qui constitue leur devoir. L'ordre que le supérieur voudrait leur adresser touchant cette activité... se heurte contre un droit plus fort ».

Les caractères de la faute disciplinaire considérée en soi seront ainsi mis en relations avec le double but d'origine et de fonctions des magistrats. Une seule différence est imposée par la logique, à défaut d'indications positives données par la loi : elle tient un peu à l'appréciation des appréciations hiérarchiques, surtout à la valeur et au degré de l'office occupé. A cela près, le problème se pose, d'une manière semblable, pour l'une et l'autre catégorie des membres qui composent la hiérarchie judiciaire. Il consiste à savoir ce qu'est la faute de service, la violation des devoirs d'office, sous forme de service ou violation des devoirs d'office constituant, au préjudice du magistrat, une source de punition disciplinaire.

L'ensemble de ces bases, par rapport à ces devoirs, des classifications, des notions des responsabilités, telle est la tâche. Le moyen d'y satisfaire est d'y appliquer une méthode objective : seul exemple de différence variable suivant la qualité de l'homme de l'agent servit en elle, pendant et à une mesure voulue. Il suffit pour l'instant de songer aux résultats qu'il soulèvera dans l'hypothèse d'une faute faite commune par plusieurs magistrats.

Son domaine est de même circonscrit, limité au seul aspect disciplinaire, exclusif aux autres relations de la hiérarchie judiciaire, déterminées

faite soit des rapports éventuels entre les magistrats et les particuliers, soit de l'action pénale.

Toute la matière de la responsabilité civile pour les actes de fonction proprement dits est en dehors de ces recherches (1). Elle agite le principe, les modes et la limite d'une obligation juridique de l'Etat en raison de l'œuvre juridictionnelle ; elle a pour voie (2) la « prise à partie » extraordinairement

(1) Elle a fait récemment l'objet d'une étude très complète au point de vue historique et très renseignée aussi sur les projets de réforme. M. Bidermann est l'auteur de cette thèse (Dijon, 1911) sur *La responsabilité des magistrats envers les particuliers*. La conclusion est (p. 204), que « le vieil édifice de la prise à partie... élevé au cours des siècles, mi-partie par la Royauté qui la dirigeait comme une arme contre les magistrats, et mi-partie par les Parlements qui en voulaient faire une défense contre les entreprises royales (c'est l'histoire de l'autorisation préalable, par exemple),... perdait toute sa raison d'être au moment de la Révolution et le Code de procédure, en l'homologuant, ne fit qu'entourer la poursuite des magistrats, déjà trop enclins à se justifier eux-mêmes, en toute occurrence, d'une barrière quasi insurmontable... Il faut substituer à ce système désuet un autre système ». — V. aussi les Rapports et discussions de la Société générale des prisons sur la responsabilité des magistrats et les garanties de la liberté individuelle, dans la *Revue pénitentiaire*, juil.-août 1901, t. XXV, p. 1158-1193 ; mars, avril et mai 1906, t. XXX, p. 396-417, 503-537, 653-702.

(2) Réserve faite des cas où le juge serait déjà, pour les mêmes faits, l'objet d'une poursuite criminelle (Dall, Rép., v° *Prise à partie*, n° 67) : le particulier lésé pourrait alors se joindre comme partie civile à l'action publique ; les art. 479 et 483 du Code d'instr. crim. fourniraient à la dignité des magistrats les protections utiles, et le citoyen serait dispensé des formes strictes de la prise à partie.

ouverte pour la réparation des instructions et des décisions dolosives, l'indemnisation des plaideurs victimes d'illégalités et de dénis de justice.

Elle n'aboutit guère, d'ailleurs, qu'à un « leurre » et à un « monument d'iniquité ». Les désastreuses contingences contemporaines du Code d'instruction criminelle et l'indifférence prouvée de l'Empire pour la sauvegarde des droits individuels ont eu beau jeu, en effet, à ne point vivifier le texte de procédure (C. pr. civ. art. 505). L'esprit particulariste ou de caste devait fatalement conduire la magistrature à interpréter strictement les sévérités du moyen et à élargir surabondamment le bénéfice de ses conditions formelles (1).

Le point de vue pénal a, avec le disciplinaire, certains liens signalés dans une partie antérieure de ce travail (2) ; il est plus vrai encore qu'il a son

(1) V. comme exemples restés célèbres, et très significatifs de cette double tendance, Cass. 29 janv. 1824, aff. du *comte de Forbin-Janson contre la Cour de Paris*, Dall. C. A., t. 24. 1. 39 et D. 1825. 1. 89 ; 14 juin 1876, aff. *Perrin*, avec les conclusions de l'avocat général Bédarrides et la note Labbé, S. 1877. 1. 193. — Cpr. le rapport de M Morizot-Thibault et les observations de M. de Franqueville, dans le *C. R. des séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1905, 1er sem., p. 562 et sv.; et le témoignage de M. Lacoin, dans la *Revue pénitentiaire*, juil. 1901, p. 1178 1184.

(2) V. *supra*, p. 5, 6.— Cpr. une analogie subtile établie par M. Kammerer, *op. cit.*, p. 243 : « le rapport entre le droit pénal et le droit disciplinaire se trouve être analogue à celui

autonomie. Son régime a pour siège les dispositions sur la forfaiture (Code pénal, art. 166 à 168), — terme très enveloppant, car il convient à tout crime commis par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions : coalition (art. 126), concussion (art. 174), corruption (art. 177), abus d'autorité contre la chose publique (art. 188), participation aux crimes justiciables de la surveillance ou de la répression du fonctionnaire (art. 198), etc... — Les chefs en sont même plus larges que l'ordinaire « forfaiture » : l'art. 641 du Code du 3 brumaire an IV avait réservé le mot aux crimes et délits commis par « les seuls juges » ; le Code de 1810 l'a étendu, appliqué aux torts et griefs de tous les « agents au service public », employé aussi pour les cas particuliers aux magistrats visés aux art. 121, 127, 183 (violation de l'immunité parlementaire et des garanties politiques des ministres, empiètement sur les droits et attributions des pouvoirs constitutionnels).

Le but poursuivi est de prévenir et de réparer un trouble social, sans souci de fournir sa ven-

qui existe entre la justice civile et la justice administrative, qui, toutes les deux, tranchent les questions de droit privé, ou encore, quoique moins nettement, entre le droit civil et le droit pénal, l'État décidant seul quand une action cesse d'être simplement civile et quand on peut y discerner une intention coupable qui la rend pénale; il n'existe de limites que dans la volonté du législateur. »

geance à l'honneur professionnel atteint par la faute professionnelle. Celle-ci relève principalement de l'action disciplinaire, dont l'exercice n'est influencé ni par la poursuite ou le défaut d'une procédure criminelle (1), ni par le fait ou l'absence d'un préjudice infligé à un tiers (2).

## III

### LES VARIÉTÉS DE LA FAUTE PROFESSIONNELLE

La qualification de la faute professionnelle, comme de la peine d'ordre ou de discipline, implique une extrême souplesse. Laband a donné à l'idée une forme très germanique : « Les crimes et délits professionnels ont une signification de droit public non seulement par leur contenu subjectif, mais encore objectivement ;... leurs normes ont seulement le caractère d'un principe moral ou politique (3) ». Otto Mayer, à l'ordinaire moins abstrait et plus pénétrant, dit de meilleure façon : « De la faute commise,... s'il convient de faire usage et dans quelle forme, cela rentre dans l'ap-

(1) Rép. gén. alphab. de dr. franç., V° *Discipline*, n° 22.

(2) Cass. 19 août 1844, S. 1845. 1. 62 ; 7 juillet 1885, S. 1888. 1. 479 ; 24 juil. 1888, S. 1888. 1. 464.

(3) *Le droit public de l'Empire allemand*, § 48, éd. franç., 1901, t. II, p. 166, 168.

préciation de l'*intérêt du service*. Donc, le pouvoir disciplinaire ne porte pas devant les yeux un bandeau à travers les ouvertures étroites duquel il ne verrait qu'une partie de la réalité, celle qui contient la matière du délit... Elle a égard... à tout ce que la prudence politique peut trouver digne d'être pris en considération (1) ». Il ne saurait donc s'agir de criterium rigide, de classification stricte, d'énumération assurée. La perfection est a priori suspecte, vite elle défaillirait.

Sous le bénéfice de cette observation, toutefois, il est licite et naturel de procéder à des recherches en faisant état relatif des trois aspects auxquels peut être réduit le devoir fonctionnel : gestion de l'emploi public, fidélité légale et loyalisme politique, dignité privée. Le premier chef est tout à la fois le plus riche en applications et le plus simple à définir; le deuxième a cette fortune de subir toutes les variations de la forme, du crédit et des entreprises du gouvernement; le troisième va apparemment à l'encontre de l'idée que l'autorité pénale ou disciplinaire doit s'arrêter au seuil de la vie privée. Chacun d'eux a suscité des décisions, des incidents et des débats; il convient d'examiner les unes, de relater les autres et de juger les derniers avec la seule passion des idées générales et de la vraie vie.

(1) *Op. cit.*, § 45, II, t. IV, p. 81.

Les recueils d'arrêts, — et non l'imagination, — fournissent la matière de cette étude; il faut l'y puiser sans pessimiste malignité et ne point s'étonner juridiquement de l'y trouver. Tout naturellement on s'attendrait à ne lire dans les journaux judiciaires que le dispositif de la sentence disciplinaire, peut-être ses motifs : la presse est tenue, de par la disposition toujours en vigueur de l'article 16 de la loi du 18 juillet 1828, de ne point reproduire le détail des procès qui se déroulent à huis-clos; or, les instances disciplinaires par devant le Conseil supérieur de la magistrature se passent, depuis le décret du 1er mars 1852, en chambre du conseil. Des révélations inutiles ou dangereuses ne doivent augmenter ni la honte du fonctionnaire condamné, ni la déconsidération de la hiérarchie qui le rejette. En réalité, on rencontre communément dans les journaux le texte entier de l'arrêt ensemble avec l'exposé des faits et les réquisitions du procureur général. *Le Moniteur* du 15 janvier 1844, pour l'affaire du juge Defontaine, et le *Journal officiel*, après l'arrêt du 12 mai 1879 dans le cas du président Larralde-Diustéguy ont établi et fixé cette jurisprudence (1).

La chose s'explique : une publication aussi large

(1) Cpr. le *J. off.* du 6 mars 1880, p. 2633, reproduisant la décision du 1er mars 1880, Cass. ch. réunies, aff. *Nourry*. (S. 1880. 1. 293).

faite de parties qui pourraient passer pour distinctes l'une de l'autre, peut constituer un salutaire avertissement, être la suite forcée d'une accusation retentissante, servir de réparation à un magistrat lavé de tout soupçon (1). Peut-être même cette manière devrait-elle être élargie encore à un résumé de la défense. Ce serait conforme à la règle suivie par les chambres civile et criminelle de la Cour de cassation de faire précéder leurs arrêts des qualités, faits et moyens, en demande et en défense. Le procédé satisferait surtout aux principes essentiels d'égalité entre l'accusation et l'inculpé, de sauvegarde minutieuse de la défense (2). Ce n'est point ici le lieu d'aborder

(1) Cpr. GARSONNET et CÉZAR-BRU, *op. cit.*, n° 157, t. I, p. 243.

(2) V. *Gaz. des Trib.*, 15 mai 1879. — V. surtout la fin (4-5) de la note très impressionnante de M. LABBÉ, sous Cass. 12 mai 1879, S. 1880. 1. 289 : « Pour éclairer les membres de la magistrature sur leurs devoirs, pour exercer une influence sur leur conduite à venir, il sera en général d'une importance majeure de recueillir les paroles d'un magistrat qui, comme le procureur général près la Cour suprême, placé au sommet de la hiérarchie judiciaire, a de ces devoirs le sentiment le plus délicat et le plus élevé, et dont la voix, en devenant sévère, ne cessera jamais d'être grave et digne. Une part pourrait être faite à la défense... Le conseiller rédacteur saura d'ailleurs distinguer ce qui dans la défense est de nature à caractériser les faits et les intentions et ce qui ne serait qu'une persévérance obstinée dans une faute, ou une infidélité qui profiterait du privilège de l'audience pour se reproduire et s'affirmer à nouveau ».

le problème. Un seul point devait être indiqué, touchant la source documentaire des espèces à suivre.

### 1° — *Gestion de l'emploi public*

La premiére catégorie se réfère à l'obligation de bien et loyalement tenir l'office. Certaines défaillances sont expressément prohibées, et les textes à ce sujet ont de lointaines origines. Tels sont le déni de justice et le jugement d'après une connaissance des affaires prise hors des audiences et des moyens officiels d'instruction. Des sanctions disciplinaires assortissent les peines afflictives, et la législation moderne, (C. civ., art. 4; C. proc. civ.; art. 505-507), reproduit, aux termes près, les défenses et les mesures des vieilles ordonnances des XV^e^ et XVI^e^ siècles : ord. d'avril 1453, art. 86; juillet 1493, art. 2; mars 1498 (ord. de Blois), art. 136; janvier 1629, art. 82, pour un cas (1); et, pour l'autre (2), ord. 28 octobre 1446, ch. XI.

Des négligences qui n'ont pas ce caractère dolo-

(1) Cpr. Cass. 31 janv. 1811, Dall., Rép., V° *Déni de justice*, n° 12; 30 janv. 1889, S. 1891. 1. 339; Alger, 27 juil. 1896, D. 1897. 2. 143; Cass. 15 févr. 1897, S. 1897. 1. 233 ; Garsonnet et Cézar-Bru, *op. cit.*, n° 150, note, t. I, p. 232.

(2) Bonnier, *Tr. des preuves*, éd. Larnaude, 1888, n° 101.

sif, cette allure de trahison manifeste, ne sauraient pour autant échapper à l'incrimination hiérarchique : ce sont les manquements extérieurs à la fonction. Les faits de ce genre sont aisés à découvrir, à la différence de ceux qui sont du for intérieur : il y a grande incertitude à mesurer les raisons et la responsabilité d'une erreur sur une question juridique controversée (1); l'appréciation est sans danger, sans difficulté surtout, pour des faits extérieurs et matériels comme l'inassiduité (2) ou le défaut de zèle (3), l'absence irrégulière (4) ou le changement non autorisé du

(1) V. Cass. ch. réun. 27 avr. 1898, S. 1899. 1. 385, avec note de M. Esmein.

(2) La question est actuellement, si l'on peut dire, plus simple encore qu'elle n'était jadis. Elle n'est plus compliquée, le cas échéant, d'aucune question de comptabilité, comme il en était avant la loi du 28 mai 1854 : la dualité ancienne (L. 27 ventôse, an VIII, art. 19, 30) du traitement fixe et de la masse d'assistance, du traitement de la fonction et de la rémunération proportionnelle aux présences, a disparu. — V. Garsonnet et Cézar-Bru, *op. cit.*, n° 151, note 1, t. I, p. 236.

(3) Cf. ord. de 1535, ch. I, art. 12, 78. — V. comme application, Cass. 3 mai 1888, S. 1889. 1. 241 : président frappé, au titre de la discipline, pour mauvaise administration de la justice, défaut de rédaction des jugements et abandon aux avocats du soin de remettre des notes au greffier.

(4) L. 20 avr. 1810, art. 48 ; L. 11 avr. 1838, art. 20, lequel fit l'objet d'une longue discussion à la Chambre des pairs, *Moniteur* du 5 avril 1838, p. 800. — V. sur la règlementation assez stricte des congés, Gillet et Demoly, *Analyse des circulaires, instructions et décisions émanées du ministère de la justice*, 3e édit., 1876, t. II, n° 3654 ; Garsonnet et Cézar-Bru, n° 147, t. I, p. 229.

domicile réel et officiel (1). Ils représentent le type et provoquent la forme élémentaire de la juridiction objective et disciplinaire. S'agit-il de ces défaillances ou de ces négligences, il suffit pour leur incrimination du visa d'un texte ou même de la simple évocation du devoir d'office, tant elles trahissent l'indignité du juge et font dommage au service public.

En somme, c'est le rejaillissement sur l'ensemble de la hiérarchie, la répercussion sur le fonctionnement de la machine judiciaire, qui importe et qui tient en suspens la qualification des actes et des faits de tel ou tel magistrat. La chose va de soi dans les hypothèses visées ci-dessus : les faits manifestement sont illicites ou répréhensibles. Le criterium est surtout utile pour la qualification disciplinaire d'actions ou de combinaisons qui, en elles-mêmes ou dans le commerce juridique ordinaire, n'ont rien d'anormal : acquisition de droits litigieux ou de biens vendus sur enchères (2), gestion de propriétés ou recette de deniers pour le compte d'autrui et à titre onéreux (3).

(1) Cons. d'Et. 7 août 1865, cité par GARSONNET et CÉZAR-BRU.

(2) C. civ., art. 1596, 1597; C. pr. civ., art. 711, 964; C. for. art. 21-3°.

(3) Ord. 24 sept. 1828, art. 151; Déc. min., 21 mars 1811 et circul. du proc. gén. de Rennes, 28 août 1811, GILLET et DE-

La première force des individus, — et, par les individus, celle des administrations, — est l'intégrité de la réputation, le défi au soupçon. La défense de l'une et la condition de l'autre ont fondé, dans les lois et les codes, des interdictions dont l'énergie serait redoublée par des incriminations et la méconnaissance réprimée tout à la fois par les sanctions civiles et disciplinaires des actes nuls et des fautes professionnelles. Entre les actes et les intentions, les rapports sont délicats à établir ; bien vite les passions les faussent ; mieux vaut pour un corps qu'ils ne soient ni discutés ni recherchés quant à ses membres. Ceux-ci ne songeraient à se plaindre que s'ils avaient fâcheusement oublié que pour pouvoir commander et s'imposer à autrui il faut d'abord avoir obéi et s'être au besoin sacrifié soi-même.

### 2° — *Fidélité légale et loyalisme politique.*

L'obéissance constitue, en effet, l'un des devoirs les plus compréhensifs, les plus indéfinis et les plus graves pour les magistrats. Ce fut aussi l'un des chefs les plus curieux de répression disciplinaire. Transgression des instructions organiques, mépris et critique de la loi, manifestations pu-

MOLY, *op. cit.*, t. I, n° 785; MORIN, t. I, p. 15; GARSONNET et CÉZAR-BRU, n° 149, t. I, p. 231.

bliques ayant un caractère hostile à l'égard du gouvernement établi, voilà tout autant de faits pour lesquels les chambres réunies de la Cour de cassation ont exercé avec une grande latitude le pouvoir répressif. C'était, bien entendu, contre des magistrats inamovibles. Ceux-ci n'ont ni le rôle de collaboration ni le devoir de zèle empressé qui appartient et incombe aux membres du parquet. La question du degré de leur impassibilité s'est cependant posée à plusieurs reprises et la chose était naturelle.

M. Labbé procédant avec une admirable maîtrise au départ nécessaire entre les deux esprits contraires de justice et de parti, dit (1) : « Le magistrat inamovible a pour mission de faire observer et respecter la loi... Il doit alors statuer avec une impartialité absolue en prenant en considération la loi, la loi qui existe et qui par cela seul est réputée l'expression de la justice. Le caractère de sa fonction lui impose dans l'ensemble de sa vie des devoirs austères dont les particuliers sont, en général, affranchis. Pour que son impartialité ne soit même pas soupçonnée, il doit par sa conduite sage, calme et prudente, avoir donné de lui l'idée qu'il est au-dessus des passions, qu'il sait faire le sacrifice de ses sympathies person-

(1) Note (1-2) sous. Cass 12 mai 1879 précité, S. 1880, 1. 289.

nelles aux exigences de la justice dont il est l'organe... — Le magistrat doit prouver par le caractère constant de sa conduite et la dignité de son attitude que, quelle que soit son opinion, il a su se maintenir au-dessus des partis et des sectes qui par leurs vues exclusives et leurs passions intolérantes compromettent même la vérité. L'habitude du calme dans le travail et dans l'expression de la pensée, de la modération réfléchie au contact du dissentiment, la préoccupation continue du respect du droit d'autrui, communiquent à l'âme une sérénité qui n'est pas de l'indifférence, une dignité que le reproche de dissimulation ne saurait atteindre. Telles sont les qualités que suppose l'exercice de la magistrature. C'est à l'observation de ces règles que les magistrats doivent être rappelés par l'action du pouvoir disciplinaire. — Etre estimé digne d'intervenir entre toutes les causes qui sont en lutte pour réprimer les excès, pour faire respecter la liberté de chacun et ne s'opposer qu'à la licence, inspirer confiance à tous ceux qui se plaignent d'une injustice, rendre des sentences qui peuvent faire grief à des intérêts, mais qu'aucun soupçon de partialité n'effleure, est une mission assez belle pour que le magistrat ne regrette pas la nécessité où il est placé de s'abstenir de ces manifestations extérieures où l'on espère triompher par le nombre plus que par la

raison, où le plus souvent quand le nombre fait défaut, l'ardeur essaie d'y suppléer ». La citation est très longue. Elle a la dignité d'un arrêté de Lamoignon, l'élévation d'une mercuriale de d'Aguesseau. Ses termes sont balancés et prudents, impérieux et nuancés : ils tracent le chemin.

La voie est aisée s'il s'agit de la violation d'une règle discutable peut-être, mais formelle (1) : des instructions ministérielles défendent les allocutions au président qui installe un procureur ; leur prescription a sorti effet en certaines circonstances (2).

Toute la catégorie des faits traduisant la malignité, l'insubordination ou l'irrespect contre les chefs hiérarchiques ou les procédures légales (3), n'est guère de nature à arrêter davantage : la charité de l'esprit n'est point une abdication ; le magistrat, s'il doit fuir la raideur et l'intempérance du zèle, est tenu plus strictement encore à la correction et à la dignité des manières.

Les choses étaient plus compliquées sans doute en d'autres hypothèses : des arrêts s'échelonnant

(1) V. à propos de l'assistance à un duel en qualité de témoin : Cass. 16 juin 1882, S. 1882. 1. 418.

(2) Cass. 15 juin 1882, S. 1882. 1. 419.

(3) Cass. 31 janv. 1888, S. 1889. 1. 241.

à toutes les époques, des poursuites et des dispositions législatives sous le régime actuel tendent à le prouver. Les uns et les autres se réfèrent à des manifestations de nature politique ou religieuse contre le gouvernement ou l'ordre établi.

Antérieurement à la troisième République, l'adhésion publique aux revendications légitimistes et aux théories inconstitutionnelles de la *Gazette de France* (1), — l'envoi d'une adresse à la duchesse de Berry détenue sous l'inculpation de guerre civile (2), — une souscription pour le paiement de l'amende prononcée contre le *National* (3), — une visite faite à Londres au comte de Chambord (4), — la critique, comme rite dérisoire et anthipatique à la majorité, d'un toast au roi (5), furent retenus contre leurs auteurs. Une tradition de sévérité s'établit auprès de la Cour de cassation; elle a persisté depuis lors.

Avant la consolidation du régime, la signature d'une déclaration de fidélité à un prétendant et la part prise à des manifestations politiques plus ou moins déguisées (6), — les attitudes de haine et de

(1) Cass. ch. réun. 30 mai 1832, S. 1833. 1. 563.
(2) *Id.* 14 janv. 1833, S. 1833. 1. 566.
(3) *Id.* 25 avril 1835, P. chr.
(4) *Id.* 12 janvier 1844, S. 1844. 1. 147.
(5) *Id.* 2 décembre 1847, S. 1848. 1. 82
(6) *Id.* 12 mai 1879, S. 1880. 1. 289.

combat affichées dans des banquets ou par l'écriture (1), — l'appel à la restauration de la monarchie, assorti d'imputations injurieuses et grossières dirigées contre les pouvoirs publics et de bris des décorations un jour de fête nationale (2), ont été censurés et punis de déchéance. Et c'est pour y mettre un obstacle définitif, moins incertain et plus solennel, que la loi de 1883 a, dans son art. 14, comme « faute disciplinaire,... interdit aux corps judiciaires... toute délibération politique,... toute manifestation ou démonstration d'hostilité au principe ou à la forme du gouvernement de la République ».

Un argument, toujours le même, sert à la discussion de cette jurisprudence : la liberté des opinions politiques et religieuses. l'inaliénabilité des prérogatives de la personne humaine, l'intangibilité des sentiments privés. La réponse est classique. Sa relativité s'oppose à l'absolu de l'argument; cependant, elle reste décisive. A l'absolu, point de place dans la vie humaine; tout est équilibre dans la vie sociale et peut-être y a-t-il en elle plus de devoirs que de prérogatives. Fonction oblige, du moins à de la réserve; l'acceptation de la fonction a pour conséquence celle de la discipline.

(1) *Id.* 1er mars 1880, S. 1880. 1. 293.
(2) *Id.* 25 janv. 1882, D. 1883. 1. 94.

Le procureur général Bertauld définissait celle-ci, le 11 mai 1879, en une partie inattaquable de ses réquisitions contre le président de Larralde-Diusteguy (1) : « ... Le magistrat, dans la sphère de ses attributions, lorsqu'il exerce un de ses droits qui ne sont que l'accomplissement de ses devoirs, jouit de toute la plénitude de son indépendance, et cette indépendance lui est nécessaire pour remplir sa tâche qui est de sauvegarder la loi, même à l'encontre du gouvernement. Mais quand, en dehors de son ministère, contrairement à la réserve que ce ministère, exclusif de toute passion, lui impose, il intervient spontanément pour prendre parti et faire nombre contre le pouvoir, quand, ostensiblement, publiquement, il entre dans le camp des opposants, pour jouer, comme auxiliaire, un rôle dans une lutte de provocation et de protestation, il s'attribue une liberté qui peut être le droit du citoyen sans fonction, mais qui ne peut être revendiquée, sans un scandale politique, par le fonctionnaire, surtout par le fonctionnaire de l'ordre judiciaire qui compromet l'inamovibilité dont il abuse ».

L'aspect du problème a changé, mais non sa substance. Les volontés du gouvernement sont attaquées, plus que ses formes ; la valeur sociale ou politique des lois a été critiquée par des juges

(1) S. 1880. 1. 292, col. 3.

mêmes qui étaient appelés à en faire application. Incompétence de fonctions?, excès de pouvoir?, faute disciplinaire?, tout cela a été mis en question. Celle-ci est de savoir si le juge dont la mission est de fournir une solution aux difficultés de fait et de droit, sort des bornes de son pouvoir quand il critique une loi, exprime sur celle-ci un blâme modéré et sobre en ses termes.

Le 13 avril 1907, le tribunal correctionnel de la Seine, statuant sur une provocation directe à la résistance imputée à un curé de Paris, avait atténué la peine en déclarant la loi du 9 décembre 1905 « une loi d'exception, exorbitante du droit commun » et en faisant bénéficier de circonstances atténuantes le prévenu « atteint dans ses sentiments intimes les plus respectables par certaines conséquences de la loi » (1). S'il était critiquable, le jugement l'était surtout d'avoir atteint à un droit trop absolu, de « ne point s'adapter aux convenances relatives qui demeurent même en un régime de séparation, celles du contact inévitable des Eglises et de l'Etat ».

Le procureur général à la Cour de cassation, d'ordre du garde des sceaux, déféra à la Cour

(1) V. A propos de l'affaire Jouin : De la provocation par les ministres du culte à la résistance et à l'insurrection contre les lois, article de M. DELPECH, dans la *Rev. du dr. publ.*, t. XXIV, ann. 1907, p. 272 et sv.

suprême les deux motifs de la décision « comme contenant un excès de pouvoir ». « L'autorité judiciaire, — disait son réquisitoire, — doit donner à tous l'exemple du respect des lois qu'elle est chargée d'appliquer, et elle sort manifestement, et par une usurpation flagrante, des limites de ses attributions quand elle s'arroge le droit de critiquer les dispositions que, dans sa pleine indépendance, le Parlement a cru devoir adopter ». La chambre criminelle fut convaincue par ce raisonnement ; son arrêt du 17 mai 1907 porte cassation dans l'intérêt de la loi.

Elle ne peut s'abriter derrière le précédent du 13 juin 1879, invoqué par le ministère public. En l'espèce présente, il s'agissait d'une loi qui, par la dislocation des liens séculaires entre l'Eglise et l'Etat, avait provoqué une irritation à considérer pour faire justice complète aux inculpés de provocations. En 1879, le Conseil supérieur s'était trouvé en présence d'un sentiment agressif et désordonné au point de faire déborder de son objet et dévier sur le terrain politique l'examen de la cause. Et le grief n'a point manqué contre l'arrêt de 1907, d'avoir, « par un scrupule honorable mais dangereux, (exagéré) la réserve imposée à la magistrature, et d'en arriver, par déférence pour les deux autres pouvoirs, à rendre les magistrats pusillanimes, et à les gêner dans l'accomplisse-

ment de leur tâche qui est d'appliquer les lois, mais qui est aussi, par les motifs de leurs jugements, de faire comprendre l'application qu'ils leur donnent » (1).

Certes, il ne s'agit pas de contester la notion juridique de l'excès de pouvoir, telle que cette décision l'exprime. La censure de l'œuvre législative (2) peut causer à la séparation des pouvoirs une atteinte aussi grave qu'une violation formelle de ce principe. Du moins, il faut se souvenir de l'incertitude qui persiste sur le sens de cette prétendue règle constitutionnelle. Le caractère très arbitraire de l'appréciation semée d'écueils du dépassement de compétence doit, en outre, rete-

(1) J.-A. Roux, note sous Cass. crim., 17 mai 1907, S. 1908. 1. 249, col. 2.

(2) L'œuvre législative a un privilège d'immunité; la jurisprudence de la Cour suprême la protège, en tous cas, complètement. L'œuvre règlementaire de l'exécutif est plus exposée à la discussion. V. sur la constatation tolérée de son illégalité et, partant, sur sa critique ouverte à l'autorité judiciaire, Cass. 29 juil. 1893, S. 1893. 1. 491 ; Tr. simple police Bordeaux, 11 févr. 1905. S. 1905. 2. 249 ; Cons. d'Et., 6 déc. 1907, *Grandes compagnies de chem. de fer*, avec les conclus. de M. le commissaire du gouvernement Tardieu et la note de M. Hauriou, S. 1908. 3. 1. Toutefois cette critique est limitée en son énergie : V. des exemples de cassation pour excès de pouvoir de décisions judiciaires censurant des circulaires ministérielles, Cass. 21 juin 1880, S. 1880. 1. 299, — ou les intentions de fonctionnaires administratifs, Cass. 28 juil. 1868, S. 1868. 1. 379 ; 5 août 1886, S. 1886. 1. 491 ; 5 déc. 1892, S. 1893. 1. 382.

nir les censures et retarder les condamnations. Enfin et surtout, deux tendances doivent être balancées, l'une assez tolérante, l'autre très impatiente des appréciations du juge, si elles dépassent l'ordre strict des raisons juridiques. Poussées à l'extrême, elles risquent d'être aussi néfastes. La crainte de l'indépendance et du scandale public peut avoir pour aboutissement une neutralité aveulie du juge et la perte de toute autorité morale pour ses décisions.

La Cour n'avait été sollicitée, en 1907, que de donner une sanction matérielle à la décision abusive : pour la bonne administration de la justice, elle avait cassé le jugement comme contraire à la loi. Depuis lors, un nouveau pas a été fait : la transgression du devoir de fidélité a été poursuivie, comme une faute professionnelle, contre ses auteurs.

Un tribunal saisi de l'action en revendication d'un legs fait à une commune à charge d'établissement d'une école congréganiste, avait dit, au moment d'appliquer l'art. 19 de la loi du 30 octobre 1886 organique de la matière, « que la déchéance s'impose même à ceux qui n'ont pas su ou pu l'éviter, de par la volonté du législateur qui, suivant toutes les vraisemblances, n'avait pas prévu toutes les conséquences monstrueuses d'une loi

inspirée par des passions éphémères ». Le Conseil supérieur de la magistrature a vu dans cette critique de la loi un excès de pouvoir et un « manquement grave au devoir professionnel (1) ».

La juridiction disciplinaire était fondée à juger ainsi. La faute semble certaine. La sentence est surprenante peut-être, vu le fait demeuré impuni de critiques plus violentes ; elle n'a rien d'anormal au point de vue de la justice et des nécessités sociales. « Le respect de la loi est de toutes les époques ; il est dû sous tous les régimes... La critique contenu dans les motifs d'un jugement en termes offensants pour le législateur est un oubli certain de la dignité professionnelle. Le magistrat qui s'y livre cesse d'être la voix vivante de la loi pour en devenir le détracteur ; et, par cette attitude insolite, il compromet son caractère et la justice qu'il représente ». M. Roux traduit bien ainsi le sentiment commun (2).

La difficulté, d'ailleurs, n'était point là. L'écueil, dans tous les cas de fautes retenues à une autre fin que l'annulation objective pour excès de pouvoir, se trouve dans le principe pénal de la personnalité des peines En fait, l'hésitation a été grande touchant le moyen et même la possibilité d'établir, à la charge de chacun des membres de

(1) Cass. ch. réun. 30 avr. 1908, S. 1909. 1. 339.
(2) Note sous l'arrêt, S. 1909. 1. 337 col. 1.

la juridiction poursuivis, la faute personnelle dont la détermination est nécessaire à la répression. C'est de défense individuelle, en effet, qu'il s'agit pour les divers magistrats qui ont participé à la décision ; la poursuite est dirigée contre la juridiction prise comme collectivité, la peine ne saurait atteindre qui n'a pas voté le motif incriminé. Le secret des délibérations assuré aux magistrats comme un privilège (1) n'est pas un obstacle (2) ; sans quoi, la réprimande et la censure simple seraient les seules peines applicables à l'exclusion de celles, comme la censure avec réprimande ou la suspension, auxquelles l'art. 50 de la loi du 20 avril 1810 attache la privation du traitement individuel.

C'est, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, une opinion constante (3). Elle satisfait au

(1) V. sur l'histoire du secret, — comme sur celle des motifs obligatoires des délibérations, — les citations multipliées dans un article du procureur général Baudouin, *Le secret du délibéré et le droit de défense*, (Extr. du *Journal des Parquets*, 1908, p. 8-19). Rpr. le réquisitoire du procureur général Dupin, Cass. 28 mai 1847, S. 1847. 1. 547; et les observations assez sévères de la *Revue pénitentiaire*, 1908, p. 1264 et sv., — et, à propos du secret professionnel imposé, par exemple, à la profession médicale, Cass. crim., 19 déc. 1885, av. le rapport de M. le conseiller Tanon et des conclusions de M. l'avocat général Loubers, S. 1886. 1. 87; D. 1886. 1. 347.

(2) *Contra*, Garraud, *Tr. de dr. pén. fr.*, t. I, p. 416, et surtout Dall., Suppl. au Rép., v° *Discipline judiciaire*, n° 35.

(3) Trib. Cass., 15 prairial an XI, sur réquisit. du proc. gén. Merlin, Dall. Rép., v° *Discipline iudiciaire*, n° 140; Cass. 9

bon sens, à l'équité et aux nécessités pratiques. M. Roux a cru trouver un argument supérieur dans « l'affirmation que le secret des délibérations n'est pas opposable à la justice qui poursuit disciplinairement ou pénalement (1) ». Il tend ainsi à dissocier, en raison de leurs causes et de leur finalité différentes, les deux idées confondues à tort (2) de secret professionnel et de dispense de témoignage judiciaire.

La contrainte qui en résulterait pour les magistrats de répondre aux enquêtes du garde des sceaux et aux recherches du Conseil supérieur n'a rien pour lui faire crédit. Elle rendrait impossible cette manière, qui fut celle des juges de l'époque consulaire et impériale, de refuser des explications sur les faits de la chambre du conseil; mais elle tuerait une pratique d'honneur et un esprit utile de solidarité. Elle fournirait à la ténacité nécessaire de l'action disciplinaire des chefs successifs de poursuite; mais elle doublerait le scandale et les risques. Il y a des mœurs qu'il faut consolider, des corps qu'il importe de ne point diminuer.

mai 1909, introuvable dans les recueils, mais cité par CARNOT, *Discipline judiciaire*, n° 19, p. 12; BAUDOUIN, *op. cit.*, p. 30.

(2) *Loc. cit.*, S. 1909. 1. 338, col. 2.

(2) V. note sous Cass. 5 nov. 1903, S. 1905. 1. 297. col. 6, 7.

### 3°. — *Dignité privée.*

C'est le troisième chef des obligations et des responsabilités professionnelles. Volontiers on le prendrait pour le principe des unes et des autres. Certain fragment du deuxième discours de Pascal *Sur la condition des grands* est d'une vérité éternelle : « Pour les respects naturels qui consistent dans l'estime, nous ne les devons qu'aux grandeurs naturelles ; et nous devons au contraire le mépris et l'aversion aux qualités contraires à ces grandeurs naturelles. Il n'est pas nécessaire, parce que vous êtes duc, que je vous estime ; mais il est nécessaire que je vous salue. Si vous êtes duc et honnête homme, je rendrai ce que je dois à l'une et à l'autre de ces qualités. Je ne vous refuserai point les cérémonies que mérite votre qualité de duc, ni l'estime que mérite celle d'honnête homme. Mais si vous étiez duc sans être honnête homme, je vous ferais encore justice ; car en vous rendant les devoirs extérieurs que l'ordre des hommes a attachés à votre naissance, je ne manquerais pas d'avoir pour vous le mépris intérieur que mériterait la bassesse de votre esprit (1) ».

L'objection qui est faite souvent à cette pensée est d'une vulgarité dangereuse. Elle prétend limi-

(1) Œuvres complètes, éd. Ch. Lahure (Hachette 1858), t. I, p. 436.

ter l'empire du droit disciplinaire à ce qui est public. C'est, selon toute vraisemblance, prêter un sens que son auteur ne lui donnait pas à cet aphorisme de Dupin : « Le pouvoir disciplinaire des diverses professions ne peut s'attacher qu'aux actes de la profession. Lui donner une autre compétence serait le dénaturer et le compromettre (1) ». Ce serait, à coup sûr, réduire la portée générale des solutions d'espèces fournies par le Conseil supérieur de la magistrature.

Certes, il ne s'agit pas de réintroduire dans la discipline moderne de la fonction judiciaire cette fantaisie ou cette exagération des réprimandes rapportées par La Rocheflavin contre les magistrats « qui usent d'habits trop mignards, parfumez, musquez, ni d'aultres choses propres et ordinaires aux femmes ». Du moins, il faut donner tout leur sens aux condamnations portées contre le magistrat qui, témoin dans une poursuite en diffamation, dîne publiquement avec les prévenus acquittés (2); contre celui qui aurait publiquement des mœurs dissolues, des fréquentations suspectes (3), ou des compagnies compromettantes au palais de justice

(1) Lettres sur la profession d'avocat, t. I, p. 578.

(2) Cass. 16 nov. 1882, S. 1884. 1. 191; 31 janvier 1888, D. 1888. 1. 73.

(3) Cass. 2 germinal an XIII; 30 mai 1832, S. 1833. 1. 563; 16 nov. 1863.

même (1), etc... — L'homme public et l'homme privé sont « indivisibles en matière disciplinaire (2) ». Les torts de l'un rejaillissent nécessairement sur l'autre ; ils déterminent la considération du public pour l'homme et, ce qui importe davantage, pour la fonction et l'ordre judiciaires (3).

Pour toutes les hiérarchies, il y a une théorie des bonnes mœurs. Il est impossible de la faire d'ensemble et sans retouches. Les décisions de la Cour de cassation en fournissent la matière. Il ne s'en rencontre guère qui soient discutables, aucune qui soit excessive, Toutes révèlent un sens parfait de la mesure (4), un choix bien inspiré des traits qui fondent la considération ou le mépris, une volonté soutenue d'obliger, non pas à des vertus éclatantes, mais à la moralité et à la correction qui préservent les consciences individuelles et sociales de l'agonie.

---

(1) Cass. 3 mai 1888, S. 1889. 1. 241. 2e espèce.

(2) Cass. 7 avr. 1851, D. 1851. 1. 90 ; 9 juin 1880, D. 1891. 1. 453.

(3) Cass. 15 juin 1882, S. 1882. 1. 419.

(4) Cpr. en d'autres hypothèses, sur cette tendance modérée dans l'appréciation des faits, Cass. 1er juin 1891, S. 1892. 1. 494 ; 18 janv. 1892, S. 1892. 1. 255 ; 4 mai 1892, S. 1896. 1. 503 ; 11 juil. 1893, S. 1897. 1. 503 ; 10 avr. 1895, S. 1895. 1. 387.

# CONCLUSION

L'idée est de tous les temps que la responsabilité est le contre-poids de l'autorité, sa garantie. Elle devrait être l'une des assises des gouvernements représentatifs et démocratiques. Elle a été constamment méconnue pour le plus grand dommage des fonctionnaires de l'orde judiciaire. Une irresponsabilitè de fait paraît leur lot. Sous prétexte que leur mission les expose à contrarier trop d'intérêts et à susciter d'injustes récriminations, les dispositions les plus restrictives entravent et compliquent l'exercice d'actions civiles. Or, l'on concevrait « l'obligation de réparation (imposée) plus rigoureusement aux dépositaires de l'autorité

publique qu'aux particuliers parce que,.. chargés de protéger leurs concitoyens, ils encourent un blâme plus sévère quand ils leur causent du dommage (1) »

L'exagération de la loi pénale à qualifier forfaiture des violations et abus de droit quelconques, (art. 114 C. pén.), et l'attribution monopolisée au procureur général des poursuites, (art. 479, 483 C. inst. crim.), ont abouti, en fait, à instituer un piège constant et infaillible, « le régime du bon plaisir des chefs,..... le déni de justice à la disposition du parquet ». Et c'est misère de songer aux « retraites sans bruit..... que le mystère entoure (2) », tant elles sont de faux remèdes, des solutions bâtardes, des palliatifs impuissants à fournir au préjudice réellement causé une réparation même morale.

L'action disciplinaire ne vaut pas mieux, illusoire et aléatoire souvent, la justice des gardes des sceaux s'inspirant parfois, dit-on, du « régime de la facilité,... du sentiment de l'amitié dans le malheur »; or, le ministre de la justice seul peut déclancher la sanction professionnelle.

(1) Lespinasse, *De la prise à partie*, dans la *Rev. critiq.*, 2e série, t. IX, ann. 1880, p. 588.

(2) Lacoin, Rapp. précité à la Société des prisons, *Rev. pénit.*, juil. 1901, p. 1178, 1182, 1187 ; G. Picot, Discussion de ce rapport, *ibid.*, mai 1906, p. 679.

La situation, dans ces conditions, n'est pas « parfaitement saine » ; elle incline le particulier « ligoté par la loi, repoussé à l'audience, baillonné,.,. vers le bureau de rédaction » ; elle généralise « cette levée de boucliers,... cette explosion de mécontentement » qui semblent devenir de plus en plus un signe des temps (1). En législation, très certainement, la protection contre les récriminations intempestives du plaideur ou de l'inculpé doit balancer la tendance à élargir la responsabilité disciplinaire et civile du magistrat. Les privilèges n'ont pas de place pour celui-ci ; à celui-là le sacrifice de ses révoltes et le non-abus de ses moyens de défense doit être imposé (2). Dans la réalité des choses, aussi sûrement, le progrès éloigne de la responsabilité des juges. Des raisons détestables dont les mœurs politiques fournissent le secret ou qu'accepte la diminution quotidienne des caractères, amènent la hiérarchie judiciaire à subir ce que d'Agues-

(1) Larnaude, Chenu, Lacoin, *ibid.*, p. 655.— Cpr. Esmein, à l'Acad. des sc. mor. et polit., *loc. cit.*, p. 599.

(2) Cpr. l'observation très juste de M. Labbé, sous Cass. 9 août 1873, S. 1876. 1. 193 : « Une répression des attaques démontrées malveillantes ou inconsidérées, vaut mieux qu'un obstacle mis d'avance à la plainte et à la preuve, même et surtout pour l'honneur des magistrats ». Elle vaut également pour la plainte au garde des sceaux, à fin d'action disciplinaire

seau (1) appelait « les mille mouvements secrets qui nous échappent à nous-mêmes, nous surprennent ou nous trahissent », à méconnaître l'éternelle maxime de Domat (2) : « Si, parmi les devoirs des particuliers, il est nécessaire qu'ils soient instruits de ceux qui regardent leur conduite dans la société commune et dans le public, il est bien plus important que les juges, qui doivent contenir les particuliers dans l'ordre de cette société, soient eux-mêmes instruits des règles qu'ils doivent savoir pour garder cet ordre ».

La voie disciplinaire est faite pour détourner les magistrats de ces préventions pernicieuses et les ramener à l'énergie de ce sentiment. Le repentir des fautes, plus ou moins hypothétique hors une sanction effectivement et publiquement imposée, ne garantit ni ne satisfait assez le citoyen lésé et le pays inquiet. Peut-être une réforme de molles traditions, une tension et un renouvellement salutaires du mécanisme et de la discipline judiciaires seraient-elles nécessaires. Ihéring y eût vu volontiers « l'un des devoirs les plus élevés et les plus importants de la pédagogie politique,... pour l'Etat, la source la plus féconde de force ». Il y va

(1) 17e *mercuriale*, Saint-Martin, 1714, Œuvres, éd. Falconnet, t. I, p. 310.

(2) *Harangue prononcée aux assises de 1670*. Œuvres, éd. Rémy, 1830, t. I, p. 38.

d'une assurance contre les abus de certaines prépotences, d'une restitution ou d'une consolidation de la confiance publique dans la Justice.

Vu :
JOSEPH DELPECH.

Vu :
*Pour le Doyen de la Faculté de droit*
*de l'Université de Dijon,*
*L'assesseur,*
E. GAUDEMET.

Vu et permis d'imprimer :
*Le Recteur de l'Académie,*
E. BOIRAC.

# TABLE DES MATIÈRES


| | Pages |
|---|---|
| AVANT-PROPOS | I |
| PREMIÈRE PARTIE. — **La discipline judiciaire** | 1 |
| I. — Nature du pouvoir disciplinaire | 1 |
| II. — Évolution de la compétence disciplinaire | 8 |
| III. — Fonctionnement du système disciplinaire | 19 |
| 1° *Les magistrats du ministère public* | 29 |
| 2° *Les magistrats du siège* | 35 |
| DEUXIÈME PARTIE. — **La notion de la faute disciplinaire** | 57 |
| I. — Les justiciables du Conseil supérieur de la magistrature | 60 |
| II. — Les caractères généraux du délit disciplinaire | 65 |
| III. - Les variétés de la faute professionnelle | 76 |
| 1° *Gestion de l'emploi public* | 80 |
| 2° *Fidélité légale et loyalisme politique* | 83 |
| 3° *Dignité privée* | 97 |
| CONCLUSION | 101 |


Imp. J. BERNIGAUD, 15, rue Bossuet, Dijon

IMPRIMERIE
BOURGUIGNONNE
J. BERNIGAUD
15 Rue Bossuet 15
DIJON